

El proceso penal español a comienzos del siglo XXI

Diagnóstico sobre sus principales problemas y propuesta de posibles soluciones, al hilo de la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción

Juan-Luis Gómez Colomer

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Jaume I de Castellón

Abstract*

La criminalidad organizada está cambiando la reacción socio-política y jurídica frente al delito. La sociedad exige una lucha más eficaz contra el crimen y obliga a la autoridad pública de persecución a ponerse a su altura y a utilizar los mismos medios para contrarrestarla. En este artículo se analizan los modernos medios de investigación basados en la utilización de altas tecnologías introducidos o perfeccionados en España en 2015 y el aumento del intervencionismo público que lógicamente, aunque no necesariamente, implica. Los derechos fundamentales de los ciudadanos siguen operando como límite infranqueable al enorme poder del Estado para interferir en nuestras vidas a la hora de perseguir el crimen, pero las recientes reformas en el mundo parecen querer flexibilizar esa barrera dando a la Policía grandes poderes en perjuicio sobre todo del derecho de defensa. ¿Estamos caminando hacia un Estado marcadamente policial? Algunas soluciones se aportan para controlar esta relajación.

Organized crime is changing the sociopolitical and legal reactions towards criminality. Society demands a more effective fight against crime and forces the public prosecution authority to confront it face to face, using equivalent means to counter criminals. This paper analyzes modern investigation methods, based on the use of high technology, introduced or perfected in Spain during 2015, and the rise of public interventionism that they logically, but not necessarily, imply. The fundamental rights of citizens still operate as an insurmountable limit for the State's vast power to interfere in our lives when it comes to criminal investigation, but the latest reforms in the world seem to loosen this barrier, giving the Police enormous powers in detriment of the right of defense. Are we heading towards a distinctly Police State? Some solutions are offered in order to control this relaxation.

Die organisierte Kriminalität führt zu einer Veränderung der sozialpolitischen und juristischen Reaktion gegenüber dem Verbrechen. Die Gesellschaft verlangt einen effektiveren Kampf gegen Straftaten und verpflichtet die öffentlichen Verfolgungsbehörden dazu, sich auf dasselbe Niveau zu begeben und identische Mittel zu verwenden, um ihr entgegenwirken können. Im vorliegenden Aufsatz sollen zum einen die modernsten, auf fortschrittlicher Technologie basierenden Untersuchungsmaßnahmen analysiert werden, die in Spanien im Jahr 2015 eingeführt bzw. verbessert worden sind. Zum anderen soll auch auf den Anstieg des öffentlichen Interventionismus, der logischer aber nicht notwendigerweise daran geknüpft ist, hingewiesen werden. Die Grundrechte der Bürger stellen nach wie vor eine unüberwindbare Schranke für die außerordentliche Macht des Staates dar, in unser Leben einzugreifen, wenn es um die Verfolgung von Verbrechen geht. Die neuesten Reformen in der Welt gehen aber wohl eher dahin, diese Schranken flexibler zu gestalten, weil sie der Polizei enorme Prärogativen zuweisen, zum Schaden insbesondere des Verteidigungsrechts. Sind wir auf dem Weg zu einem Polizeistaat? Vorgeschlagen werden einige Lösungen, um eine derartige Lockerung der Anforderungen kontrollieren zu können.

Title: Spanish Criminal Procedure at the Dawn of the Twenty-First Century: Diagnosis of its Main Problems and Proposal of Possible Solutions, regarding the Fight against Organized Crime and the Prosecution of Corruption Crimes.

* Artículo redactado en el marco del Proyecto de Investigación "La situación jurídica de la víctima de delitos cometidos por la criminalidad organizada, con consideración particular de su situación en la lucha legal contra la corrupción (P1•1B20 14-46)", financiado por la Universitat Jaume I, del que soy investigador principal.

Titel: Das spanische Strafverfahren am Anfang des XXI. Jahrhunderts: Problem diagnose und Lösungsvorschläge, insbesondere in Hinblick auf den Kampf gegen die organisierte Kriminalität und die Verfolgung der Korruptionsstraftaten.

Palabras clave: Proceso penal. Derechos fundamentales. Derecho comparado (USA, Alemania, Italia y España), Reforma del Proceso Penal. Actos de investigación del crimen y pruebas basadas en la utilización de la más moderna tecnología. Intervencionismo público. Lucha contra la criminalidad organizada y contra la corrupción.

Keywords: Criminal Procedure. Fundamental Rights. Comparative Law (USA, Germany, Italy and Spain). Criminal Procedure Reform. Actions of Criminal Investigation. Evidence Based on the Use of Modern Technologies. Public Interventionism. Fight against organized crime and corruption.

Schlüsselwörter: Strafverfahren. Grundrechte. Rechtsvergleichung (USA, Deutschland, Italien und Spanien). Reform des Strafverfahrens. Untersuchungsmaßnahmen und Beweis des Verbrechens unter Nutzung moderner Technologie. Staatliches Eingreifen. Bekämpfung der organisierten Kriminalität und der Korruption.

Sumario

1. Orientaciones introductorias
2. Deseo reformista tan ambicioso como improductivo
 - 2.1. En cuanto a los sujetos procesales
 - 2.2. En cuanto a los principios más importantes
3. Clarísima y perturbadora intencionalidad de que el juicio oral y público no tenga lugar
4. Aumento muy relevante del intervencionismo público en la investigación del crimen
5. Un vuelco importante a la investigación del delito en la teoría y práctica procesal penal españolas a partir de finales de 2015.-
 - 5.1. Actos existentes.
 - 5.2. Actos ya existentes reformados.
 - 5.3. La verdadera reforma: Los modernos actos de investigación tecnológicos. Sus principios.
 - a. De naturaleza constitucional
 - b. De naturaleza ordinaria
 - c. Duración de la medida
 - d. Medidas de aseguramiento
6. Modernos actos de investigación basados en el diseño y aplicación de las nuevas tecnologías, especialmente aptos para la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción
 - 6.1. Intervención o interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas
 - 6.3. Consecuencias probatorias y valoración
 - 6.4. Datos electrónicos de tráfico o asociados
 - 6.5. Captación y grabación de comunicaciones orales (e imágenes) mediante la utilización de dispositivos electrónicos
 - 6.6. Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización
 - 6.7. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (el control del entorno virtual)
 - 6.8. Registros remotos sobre equipos informáticos
 - 6.9. Análisis del ADN en caso de delitos graves para inscripción en una base de datos policiales
7. Conclusiones sobre el futuro inmediato y a medio plazo del proceso penal español
8. Tablas de jurisprudencia citada
9. Jurisprudencia

1. Orientaciones introductorias

El proceso penal vigente en España en 2016 es, en esencia y considerando la estructura básica de su proceso principal y modélico para los demás, el previsto para enjuiciar en única instancia los que hoy se denominan delitos más graves, es decir, los delitos castigados con pena de prisión superior a 9 años. Este proceso ha carecido de recurso de apelación hasta 2015, pues al configurarse como juicio oral de instancia única, la única posibilidad abierta de recurso era el de casación, tanto por infracción de ley como por quebrantamiento de forma. La generalización de la segunda instancia, por razones en las que ahora no podemos entrar, posibilita el recurso de apelación contra la sentencia de la Audiencia en procesos por dichos delitos más graves¹.

El proceso penal español se regula básicamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, hija querida del *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 francés, fundada directamente en los principios transformadores de la Revolución Francesa de 1789, que evoluciona desde el proceso inquisitivo a un proceso acusatorio “mixto”, o “reformado” como se le conoce en Alemania, en el que los derechos esenciales del ser humano acusado de haber cometido un crimen, especialmente su vida, integridad y dignidad, deben ser respetados por las autoridades públicas de persecución y juzgadoras, desde su primera comparecencia para ser interrogado, haya sido o no detenido, hasta la firmeza de la sentencia y el total cumplimiento de la condena, en su caso.

Es evidente que desde 1882 se han producido numerosas reformas para adaptar en la práctica el progreso conceptual y eliminar los residuos perniciosos que produce el transcurso del tiempo, sobre todo tras la Constitución democrática de 1978. En general puede decirse que una buena parte de las reformas garantistas, es decir, las relativas al desarrollo de los derechos constitucionales del imputado² o acusado, han sido acertadas, independientemente de los problemas técnicos que se hayan planteado, que en realidad han sido muchos, pero otra parte de esas reformas, no tan pequeña y desde luego no insignificante, han fracasado estrepitosamente, especialmente las muchas habidas para intentar conseguir un enjuiciamiento criminal más rápido de los delitos menos graves y leves (y hasta que estuvieron vigentes, también de las faltas)³.

Debe destacarse asimismo que nuestro proceso penal, en vez de aprovechar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los preceptos de la Constitución plenamente aplicables en el mismo, una doctrina hoy abundante y en muchos aspectos muy consistente, a la par que de interiorizar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que nos une jurídicamente a la Europa tradicionalmente democrática y nos homogeneiza con los países más avanzados en la

¹ Véase ETXEBERRÍA GURIDI (2015), págs. 468 y ss.

² Ahora denominado en España investigado y encausado en función de si no ha sido imputado o ya lo está (art.1-21º de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica).

³ Las propuestas de reforma y sus causas han sido analizadas por toda la doctrina procesalista española con profusión de argumentos desde hace décadas, incluso desde mucho antes del advenimiento de la democracia en 1978. Su cita aquí haría interminable esta nota. En cuanto a las reformas legales concretas, las he descrito con detalle, hasta 2010, en GÓMEZ COLOMER (2009), págs. 2 a 7.

lucha legal contra el crimen, construyendo una sólida estructura capaz de hacer frente a cualquier clase de delito, sea quien fuere su autor, en suma, en vez de dogmatizarse progresivamente, en el buen sentido del término, se ha ido convirtiendo paulatinamente en un instrumento puramente pragmático que sólo está disponible cuando se produce un fuego, aunque casi nunca sirva para apagarlo del todo.

A causa de la existencia del que sin ánimo de molestar podríamos denominar un proceso-bombero, frente a un proceso-sistema, estamos pagando consecuencias absolutamente insoportables, como aquí trataré. La más importante, quizás, el enorme alejamiento que existe entre el Derecho Procesal Penal y el Derecho Penal español, que en 1995 logró concretar su apuesta por un sistema dogmático del delito y de la pena, aplicando una política criminal razonable, mediante un código moderno y válido para la época, aunque hoy ya no sea reconocible después de tantas y tan profundas reformas, que se encontró con un proceso penal, en el que necesariamente tenía que aplicarse, muy lejano a su concepción ideológica y por tanto no preparado para afrontar los nuevos tiempos.

Tenemos, pues, como mínimo hoy ante nosotros un proceso penal anticuado, estructural y realmente ineficaz, ineficiente, largo, tedioso, caro y para acabar de arreglarlo, científico-politizado. No hace falta probar exhaustivamente estas afirmaciones. Los teóricos y prácticos del proceso, así como también y curiosamente las autoridades políticas que pueden cambiar la situación, hace años que lo afirman en mi país⁴.

Tampoco hay que justificar las causas, pues esos mismos profesionales y esas mismas autoridades así lo entienden, con poca discusión al respecto: Pocas inversiones en Justicia y escaseces presupuestarias evidentes, falta de jueces, de fiscales y de personal de apoyo, falta de voluntad política en la reforma de nuestro proceso penal, incapacidad parlamentaria para llegar a acuerdos en este tema, que es de Estado sin duda alguna, vacilaciones sobre el modelo a seguir, discusiones partidistas inasumibles, etc.⁵

En definitiva, y como observación introductoria clara, nuestro proceso penal está en crisis, que ni es ligera, ni débil, ni pasajera, ni fácil de resolver. Y no pienso sólo en el proceso penal español, por cierto, pues corren malos tiempos para el enjuiciamiento criminal en todos los países democráticos, sobre todo frente a los horrores que estamos viendo, con una criminalidad organizada desaforada y una corrupción insostenible. Pero a mí me importa ante todo mi país y de él voy a escribir principalmente a continuación.

En esta línea, tras esta introducción, me pregunto, pues, si tuviera que explicar a mis alumnos de Grado, o a estudiantes extranjeros, qué caracteriza en estos momentos al proceso penal español. Les diría, primero resumidamente y luego desarrollaría esas afirmaciones, lo siguiente:

⁴ Baste consultar las certeras palabras, plenamente vigentes a pesar de haber sido escritas hace ya casi 10 años, de MONTERO AROCA (2008), págs. 19 a 24.

⁵ Me remito para una mayor profundización a mi artículo GÓMEZ COLOMER (2016).

1º) En España existe una clara y positiva voluntad de reformar integralmente el proceso penal, muy ambiciosa, desde hace años, incluso desde antes de la Constitución, aunque sólo tras ella adquiere pleno sentido. Pero en ninguna legislatura se ha logrado hasta ahora.

2º) En España, al fracasar la aprobación de una completamente nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal y mantenerse por tanto nuestro proceso penal en crisis, que poco a poco va agravándose, hay un claro deseo, a veces casual a veces intencionado, pero nunca inocente, de que el juicio oral y público no tenga lugar, porque se ve como el principal mal menor para aplacar esa crisis, sobre todo desatascando la sobrecarga del Poder Judicial, uno de sus factores determinantes.

3º) Finalmente, debido a las circunstancias actuales, se observa cada vez con mayor intensidad un progresivo intervencionismo público en el proceso penal, sobre todo en los actos de investigación de los crímenes más graves, que puede poner en peligro el alto garantismo procesal alcanzado en mi país.

Estos puntos son los que voy a desarrollar a continuación, porque me parece que dan una imagen muy adecuada sobre la situación del proceso penal español en la actualidad, pasados 16 años desde el comienzos del siglo XXI.

2. Deseo reformista tan ambicioso como improductivo

Vayamos con la primera cuestión. Que en España hay un deseo indudable de gozar de una Ley de Enjuiciamiento Criminal totalmente nueva y moderna es indiscutible, con toda seguridad y sólidos fundamentos desde 1978. Me voy a limitar sin embargo a dejar constancia de los dos últimos intentos:

a) El Gobierno socialista español aprobó en Consejo de Ministros el día 22 de julio de 2011 el proyecto de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal basada en el sistema acusatorio (adversarial). Un acto por cierto puramente testimonial porque el texto de referencia ni siquiera pudo superar el trámite parlamentario inicial al haberse disuelto las Cámaras parlamentarias el día 27 de septiembre de 2011, por adelanto de las elecciones al día 20 de noviembre de 2011⁶.

b) Por su parte, el actual Gobierno, pero en la anterior legislatura, elaboró también su Propuesta de Texto Articulado de un nuevo Código Procesal Penal, de febrero de 2013, en la que se recogía un texto orientado igualmente hacia el sistema adversarial, modernizando su regulación⁷.

⁶ Vide MINISTERIO DE JUSTICIA (2011), págs. 19 y ss.

⁷ Este proyecto se puede consultar todavía en la *web* del Ministerio de Justicia de España: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288775964668/Detalle.html. Pero

Estos dos proyectos completos de nueva LECRIM elaborados en los últimos cinco años, el del PSOE cuando gobernaba, y el del PP en idéntica situación, ambos fracasados, no sabemos si habrían respondido bien a la cuestión central de si realmente habrían servido para poner a nuestra Justicia Penal a la altura de lo que los españoles exigimos.

Creo que no habrían aprovechado todo lo que sus autores materiales pretendían, porque no representaban una evolución propia del proceso penal español hacia un modelo mucho mejor en calidad jurídica, sino que más bien eran una concreción del sistema adversarial anglonorteamericano para la España actual, es decir, a veces una copia, a veces una pequeña adaptación⁸.

Pero ambos demuestran dos cosas: 1ª) Que existe un gran deseo reformista en España, que además es muy ambicioso, pues se quiere una ley totalmente nueva adaptada al modelo del país que se considera en estos momentos más avanzado, los Estados Unidos de América y en concreto a su proceso penal federal; y 2ª) Que al no haber sido aprobado ninguno de ellos, es decir, al no haber triunfado la pertinente propuesta, en realidad estamos ante un mero deseo, sin fruto alguno o de intenciones improductivas, y así estamos, y previsiblemente por largo tiempo de nuevo, cuando se escriben estas líneas.

Quiero fijarme brevemente en el modelo apuntado, es decir, en el sistema adversarial anglonorteamericano, porque creo que ahí está la clave del fracaso, o al menos una buena parte, hasta ahora, del movimiento reformista. Intentaré demostrarlo muy sencillamente, destacando las cualidades más importantes del mismo, comparando a continuación cada una de ellas con nuestra realidad.

Una buena forma de establecer los términos de comparación es fijarnos en los sujetos procesales y en los principios más importantes en el sistema adversarial y ver cómo podrían interactuar con los nuestros. En esta línea, el sistema adversarial de los Estados Unidos de América, el llamado modelo anglosajón de enjuiciamiento criminal, se caracteriza por los siguientes aspectos:

2.1. En cuanto a los sujetos procesales⁹

1º) El Juez juzga con el Jurado en perfecta simbiosis; aquél fija el Derecho al veredicto sobre culpabilidad o inocencia dictado por éste.

La tendencia pública española indubitada es reducir al mínimo las competencias del Jurado, no

tampoco pudo ser aprobado, pues el Gobierno renunció a ello tras las enormes críticas que recibió por parte de los sectores operadores de la Justicia implicados por dicha reforma, básicamente de jueces y fiscales.

⁸ He tratado este apasionante tema últimamente en: ISRAEL/ KAMISAR/ LAFAVE/ KING (2011), págs 1; GÓMEZ COLOMER (2013); y GÓMEZ COLOMER, (2015).

⁹ GÓMEZ COLOMER (2013), págs. 149 a 181.

faltando quien quiera derogarlo completamente¹⁰. Exactamente lo contrario a lo que ocurre en Estados Unidos. ¿Es compatible este desarrollo en nuestro país con el modelo adversarial? Indiscutiblemente, no.

2º) La instrucción está a cargo del Ministerio Fiscal, órgano público que representa a la Administración (es decir, al Gobierno) en el proceso penal como único acusador posible. Goza de un amplio poder discrecional.

Es dogmáticamente muy difícil de admitir que en España instruya el Ministerio Fiscal porque depende del Gobierno¹¹. Esto es adversarial, efectivamente, pero las críticas más importantes y fundadas contra la actual organización de la fiscalía española es que depende excesivamente del Gobierno. Grave problema, pues, ¿qué hacemos?

3º) La Policía está a las órdenes de la Fiscalía. Goza igualmente de un amplísimo poder discrecional y conduce y practica realmente los actos de investigación del delito, tanto los proactivos como los reactivos.

No gusta en España una Policía a la americana con tanto poder discrecional, más bien se quieren controlar todos sus actos, lo que por otra parte resulta paradójico a la vista de la amplitud de actos de investigación técnicos con los que ahora contamos y a los que me referiré más adelante. ¿Cómo adaptaríamos esta realidad nuestra al modelo? Nadie lo sabe.

4º) Es un proceso penal de partes. El acusado y su abogado defensor son tan importantes como la acusación pública (el Fiscal). En los dos descansa la realización del proceso, son los actores principales en el escenario. Ambos negocian sobre la declaración de culpabilidad si es procedente, ambos presentan las pruebas y ambos intentan convencer al Jurado sobre su posición fundada.

En España nuestro proceso penal ni es de partes en el sentido anglosajón, ni se entendería que fueran los verdaderos actores del drama procesal. Se habla sí de partes, pero desde otro punto de vista y sólo en sentido formal, pues ninguna relación jurídica hay entre ellas. Optar por este modelo implicaría cambiar absolutamente la orientación práctica del derecho de defensa y no sabríamos muy bien qué hacer, pues se requiere una reforma constitucional, ni con la acusación privada ni con la acusación popular.

5º) La víctima no es parte en el proceso anglosajón. Sus funciones procesales,

¹⁰ El Proyecto del PP citado *supra* quiso dejar al Jurado con competencia únicamente para dos delitos: Asesinato y homicidio, en ambos casos consumados (Artículo 32.1: “El Tribunal del Jurado es competente para el enjuiciamiento en primera instancia de los delitos consumados de homicidio doloso y asesinato, cuando no sean cometidos por personas integradas en grupos u organizaciones criminales”). No siguió adelante, como sabemos, pero sí la idea restriccionista, pues la reforma del CP mediante LO 1/2015, de 30 de marzo, le ha quitado un delito, el de incendios forestales, modificando el art. 1 de la Ley del Jurado de 1995.

¹¹ Léase detenidamente el art. 8 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre).

insignificantes hasta hace bien poco, van aumentando paulatinamente, pero siempre como tercero procesal (testigo) como máximo¹².

La víctima en España es parte acusadora en el proceso penal si lo desea. Nuestra tutela judicial es muy superior a la anglosajona. Es el sistema adversarial el que debería aprender del español en este aspecto y no a la inversa. La reciente aprobación del Estatuto de la Víctima del Delito de 2015 refuerza todavía más si cabe esa posición, pues también tutela adecuadamente, en líneas generales, a la víctima que decide no ser parte en el proceso penal¹³.

2.2. En cuanto a los principios más importantes¹⁴

1º) La estructura esencial del proceso descansa en dos grandes principios, del que surgen los fuertes pilares que sostienen el sistema. Los principios son: El *Due Process of Law* y la *Fairness*, de los que se derivan a su vez cinco grandes columnas sobre las que se apoyan los principios anteriores: La igualdad procesal, el derecho de defensa, la contradicción entre las partes, el derecho a un juicio justo y el derecho a un tribunal imparcial.

2º) El procedimiento se basa en una auténtica oralidad desde la acusación inicial formulada en una audiencia preliminar hasta su culmen en el juicio oral ante el Jurado.

Esa oralidad requiere de muchos recursos materiales y humanos para que se aplique y funcione verdaderamente. No creo sin embargo que la intencionalidad gubernamental sea invertir más dinero para que ello sea posible, porque todas las leyes que últimamente se aprueban en España son a coste cero. Yo soy además de los que piensan que en el fondo la oralidad gusta menos a los prácticos de lo que pensamos y que siempre la han visto, aunque proclamen públicamente sus bondades, como una imposición, fundada y aceptable, pero incómoda. El peso de nuestra tradición histórica, en donde el juicio oral es la mínima parte posible del proceso, es muy fuerte aún y, por tanto, un proceso con al menos cuatro audiencias obligatorias (la última el juicio) sería muy difícil de soportar para esos prácticos.

3º) El recurso, único en principio, de apelación sólo está disponible para el acusado en caso de condena.

Negar al Fiscal el derecho a recurrir en caso de absolución del acusado sería inconstitucional, mientras no cambie su doctrina nuestro Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva al amparo del art. 24.1 de nuestra Constitución al menos¹⁵.

¹² Una detallada explicación en GÓMEZ COLOMER (2015), págs. 41 y ss.

¹³ GÓMEZ COLOMER (2015), págs. 279 a 281.

¹⁴ GÓMEZ COLOMER (2013), págs. 83 a 131.

¹⁵ Se trata de una doctrina clásica. Véanse, por todas, la Sentencia TS núm. 37/2013, de 30 de enero (RJ 2013\1195); y las Sentencias TC 65/1983, de 21 de julio y 86/1985, de 10 de julio.

Pero a pesar de ello el sistema adversarial anglonorteamericano sigue siendo el modelo, porque es mucho más sencillo de practicar que los procesos penales europeos no adversariales, lo que lo hace muy pragmático y, desde luego, es tremendamente efectivo, como más adelante se verá. Y hacia ese modelo se quiere ir, aunque todavía no se sepa muy bien cómo.

3. Clarísima y perturbadora intencionalidad de que el juicio oral y público no tenga lugar

La segunda cuestión que debe tratarse, tal y como anuncié, es tan paradójica como incomprensible: El fin principal del proceso penal es hoy en verdad que el juicio oral no tenga lugar. Se quiere evitar a toda costa, sin reparo ideológico ni dogmático alguno, llegar hasta el final, a saber, hasta el pronunciamiento de la sentencia de condena o de absolución, a través del único medio que, de acuerdo con los avances garantistas del momento, es idóneo para que esa decisión final sea justa, o al menos plenamente respetuosa con la Constitución, el juicio oral, público y contradictorio.

La razón se basa en una realidad: La Justicia está colapsada y como no hay recursos para más medios humanos y materiales, lo mejor es buscar soluciones alternativas que atajen o minimicen esa crisis sin atentar contra el sistema, destruyéndolo. Si los jueces, en esta línea, no pueden porque son pocos celebrar todos los juicios orales de todos los procesos incoados porque son muchos, mejor prescindamos de la oralidad y resolvamos todo antes de llegar a juicio.

A ello añadamos la antigüedad de nuestro sistema, que tiene buena parte de la culpa de lo que está pasando, sobre el que los políticos y juristas influyentes especialistas no se aclaran en punto a la reforma de nuestro proceso penal, como acabamos de ver, aunque tengan mayor preferencia por un modelo. En suma, y hasta ahora, todos los legisladores han demostrado su incapacidad para hacerla e implementarla, lo que implica que los problemas más acuciantes de nuestra realidad penal sigan existiendo y, lo que es peor, se estén incrementando, sin posibilidad de solución, aun parcial, a través de un nuevo código procesal penal del que parece que todavía estemos muy lejos en España.

Por tanto, nuestro proceso penal se ve obligado a desarrollar alternativas, únicamente posibles a través de reformas legales parciales, porque la Justicia Penal sigue siendo una vergüenza nacional ante su más que indefendible sobrecarga, la enorme carestía del proceso para el ciudadano, su larguísima e inaceptable duración, por un lado; y, por otro, su impredecibilidad, la débil y a veces errónea fundamentación ante la ignorancia judicial por una deficiente formación y capacitación (formación continuada, puesta al día), de muchas sentencias en casos de gran repercusión social, entre otras muchas cuestiones que por sabidas no vale la pena ni recordar.

En este sentido, pues, para evitar la debacle de la Justicia Penal hacia la que estamos yendo

imparablemente, que por cierto tiene, sin duda alguna, consecuencias políticas para los propios gobernantes, se emprenden reformas parciales de la LECRIM dirigidas principalmente a evitar los mayores costos, y eso sólo se consigue evitando que el proceso tenga lugar en su mayor parte. En otras palabras, si es posible, evitando que se inicie, si no lo es, evitando que continúe hasta el juicio oral.

El triunfo de esta idea implica eliminar casi todos los trámites del proceso en primera instancia, reducir al mínimo la participación de las partes, excluir absolutamente la participación de terceros, y suprimir la segunda instancia y la casación. Tratándose de juicios con Jurado, como el costo es mayor por la participación de los jueces legos, el estímulo es más evidente.

Ese fin procesalmente sólo puede alcanzarse mediante la introducción en el proceso penal de una excepción más que notable al principio de legalidad sustantivo y al principio de necesidad procesal (principio de oficialidad, según denominación internacional), el llamado principio de oportunidad, que recibe entre nosotros el apellido de “reglada”, aunque no hace mucha falta si se conoce bien la institución, porque en ningún caso puede ser de libre configuración, o absolutamente discrecional, en un país regido por el principio de legalidad.

El principio de oportunidad, para que el costo sea bien calculado y en la medida de lo posible disminuido en forma relevante o eliminado totalmente, se distribuye en tres aplicaciones distintas, en donde el común denominador, con los matices que se quiera, es el mismo, a saber, evitar el juicio oral:

a) Alternativas a la persecución penal: Consiste en que el proceso no se inicia formalmente porque se dan determinadas circunstancias, en algunos sistemas previstas y tasadas legalmente, en otros no, que lo hacen estéril o desproporcionado.

Es la Policía o la Fiscalía, o sólo ésta o ambos perseguidores públicos en algunos sistemas, a veces autorizándolo el Juez de Garantías o el Juez Instructor donde exista todavía, a veces sin requerirse su autorización, quienes deciden no iniciar el proceso penal, a cambio de alguna contraprestación por parte del autor del delito, o muchas veces sin ni siquiera eso.

El ejemplo comparado que sin duda hay que poner ahora encima de la mesa es el alemán, pues los §§ 153, 153a a 153f y 154 del Código Procesal Penal alemán (*Strafprozessordnung*, abreviadamente StPO), regulan con detalle las alternativas a la persecución. Todas ellas se fundan en no tener el Estado interés público en perseguir el delito. Ello sucede cuando el asunto es de poca importancia (los llamados delitos bagatela), por ejemplo se trata de un delito leve con mínima culpa por parte de su autor (§ 153), cuando siendo un delito leve el inculpado se compromete a cumplir determinadas condiciones o mandatos, como por ejemplo la asistencia periódica a un centro asistencial terapéutico (§ 153a), por abstención de la acción de acusar (§ 153b), por ser un hecho cometido en el extranjero (§ 153c), por motivos políticos (§ 153d), por arrepentimiento activo del imputado (§ 153e), por hecho punible internacional perseguible por

otro tribunal (§ 153f), o por tratarse de hechos punibles accesorios no esenciales (§ 154)¹⁶. También procede en caso de delitos de acción privada (§§ 376 y 377).

Dogmáticamente se sostiene el principio de oportunidad en Alemania como excepción al principio de legalidad porque el Estado (la Fiscalía), no está obligado a perseguir cualquier infracción penal, dado que razones de prevención general y especial, ligadas con la necesidad y conveniencia del castigo penal en el caso concreto, aconsejan una disminución de la intensidad formal que el principio de legalidad significa.

El proceso o no se inicia, o se le pone fin mediante auto de archivo definitivo. Por ello es generalmente necesaria la aprobación del tribunal que habría conocido del juicio, aunque en muchos casos es el Fiscal quien directamente archiva el proceso (§ 153, ap. 1).

Pero en el sistema adversarial anglonorteamericano, existiendo dichas alternativas a la persecución, la idea es muy otra, pues no se fundan tanto en la carencia de interés público en la persecución cuanto en la rentabilidad (éxito) o no de la persecución, es decir, en si hay prueba suficiente para condenar¹⁷.

b) Negociaciones sobre la pena a imponer o sobre la declaración de culpabilidad: Una de las características esenciales del sistema adversarial en cuanto a la evitación del juicio, es permitir alcanzar la sentencia mediante un acuerdo entre las partes sobre la declaración de culpabilidad del acusado (*Plea Bargain*). La clave consiste en no considerar como fin del proceso ni hallar la verdad, ni proteger a la víctima, ni garantizar la tutela de los derechos constitucionales del investigado, encausado y acusado, sino en obtener una declaración de culpabilidad tan rápidamente como se pueda, centrándose únicamente en la voluntad del inculcado, libremente expresada, de someterse a una pena, que ha negociado con el Fiscal para obtener algún beneficio, por ejemplo, una sensible reducción, frente a una posible futura condena por un Jurado sin duda mucho más grave. El fin es por tanto aquí condenar sin juicio.

La posibilidad de “acortar” el procedimiento evitando el juicio y yendo directamente a la fase de sentencia, no es ni adversarial anglosajona ni continental europea, es algo común a todos los sistemas procesales porque viene impuesto por la propia lógica del devenir procedimental. Si constatado objetivamente que el inculcado reconoce libremente su culpa (a cambio obviamente de una concesión pública, generalmente como dijimos una sensible reducción de pena), y no hay interés superior que lo impida, para qué seguir adelante.

Por eso España tiene reconocida desde el siglo XIX la conformidad del acusado con la pena

¹⁶ Véase una visión general muy amplia en ROXIN/ SCHÜNEMANN (2014), págs. 228 a 309. Extensamente sobre cada uno de los supuestos legales, MEYER-GÖRNER/ SCHMITT (2015), págs. 747 y ss. También puede verse la traducción, aunque han existido reformas, de estas normas en GÓMEZ COLOMER (1985), págs. 47 y 48, y 330 a 334.

¹⁷ GÓMEZ COLOMER (2013), págs. 273 a 275.

solicitada por la acusación¹⁸, y por eso otros países tienen instituciones parecidas, como el *pateggiamento* en Italia¹⁹. La razón es aquí no tanto económica (supresión de trámites, aceleración procesal, mayor eficiencia), cuanto de principios procesales, pues se basa en el poder de disposición procesal del imputado, quien, así como decide cómo defenderse, decide también cómo asumir la autoría de los hechos.

Sin embargo, en Alemania ha tardado largo tiempo en imponerse una solución clara al respecto, y me temo que todavía esté muy lejana de ser indiscutible por todos. La cuestión parte del sentimiento de traición a los fundamentos básicos del proceso penal y a una realidad no prevista que forzosamente hace cambiar las cosas en los ámbitos jurídico-procesales de esa gran nación. En efecto, para la doctrina alemana la negociación sobre la declaración de culpabilidad a la americana (acuerdos, *Absprache*) era inadmisibles hasta los años 90 porque quebraban con ella los fundamentos constitucionales del proceso penal, que exigían una prueba de cargo practicada con inmediación y plenas garantías en el juicio oral para poder garantizar la condena de una persona, a la que se le daba la oportunidad de defenderse presentando prueba de descargo. Fue el extraordinario aumento de los procesos penales por delitos de naturaleza económica el que forzó una situación práctica de admitir los acuerdos como medio de resolución del conflicto penal, evitando el juicio y pasando directamente a la sentencia, a cambio de aligerar la enorme sobrecarga de los tribunales. En un primer momento esos acuerdos fueron declarados ilegales por el Tribunal Supremo Federal alemán (Sentencia de 3 de marzo de 2005²⁰). Las razones aducidas fueron varias, sobre todo una, ya que se afirmaba entonces que los acuerdos no respetaban el proceso penal propio de un Estado de Derecho al vulnerarse varios principios constitucionales, básicamente, puesto que éste no es el lugar para entrar en ello, el derecho de defensa y el derecho a la prueba, plenamente realizables en el juicio oral. Pero la práctica iba muy por delante, hasta tal punto que el propio Tribunal Supremo Federal tuvo que admitirlos, bajo estrictos requisitos, en su Sentencia de 28 de agosto de 1997²¹, lo que acabó llevando a una ley autorizándolo expresamente desde el punto de vista formal, introduciendo el § 257c *StPO*, norma que exige rígidos requisitos para su admisión (es poco americana), en los que tampoco podemos entrar en estos momentos, llamando a la práctica ahora legalizada curiosamente no acuerdos, sino convenios (*Verständigungen*), precepto que fue declarado constitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 19 de marzo de 2013²². En suma, un devenir problemático, forzado por una práctica que se avanzó a la ley, con muchas dudas sobre su

¹⁸ La bibliografía española sobre la conformidad, tanto en su versión clásica como en su versión moderna (principio de oportunidad, Justicia negociada o Justicia transaccional), necesitaría una nota de más de dos páginas con este tamaño de letra. Por eso es mejor remitirme a un resumen propio, en donde el lector encontrará el estado de la cuestión a fecha de hoy: Véase mi exposición general de la conformidad española en MONTERO AROCA, *et al.* (2015), págs. 355 a 370. Su ubicación en el contexto internacional la he tratado en GÓMEZ COLOMER (2013), págs. 309 a 312.

¹⁹ Véanse CONSO/ GREVI/ BARGIS (2014), págs. 692 y ss.; y CHIAVARIO (2015), págs. 556 y ss.

²⁰ Se puede consultar en BGHSt 50, 40, 53.

²¹ Se puede consultar en BGHSt 43, 195.

²² Se puede consultar en BVerfGE 133, 168 m.

legalidad por parte de la mejor doctrina alemana.²³

En Estados Unidos la perspectiva es totalmente distinta, porque hoy el *Plea Bargain* tiene como finalidad principal evitar la celebración del juicio con Jurado, es decir, se basa mucho más en razones materiales o económicas que en principios procesales, puesto que si no es así, no se explica su elevadísimo porcentaje de éxito (en más del 90% de los casos se llega a un acuerdo entre el Fiscal y el acusado).²⁴

c) *Justicia transaccional*: El principio de oportunidad se ha extendido también a la búsqueda de mejores alternativas para llegar a la reparación de la víctima, una de las asignaturas pendientes en los sistemas procesales penales continentales europeos. Ello se logra facilitando soluciones extraprocesales del conflicto civil entre el autor del delito y su víctima, es decir, facilitando su reparación fuera del proceso penal, bien mediante la llamada conciliación penal, bien mediante la mediación penal, o incluso acudiendo a otras instituciones ya conocidas (arbitraje aplicado a lo penal, por ejemplo), o totalmente nuevas (ADR).

En Estados Unidos estas instituciones existen porque, como hemos explicado *supra*, la situación de la víctima es pésima, especialmente si la comparamos con España, y por tanto el sistema adversarial ha debido buscar soluciones entre lo que tenía a mano para lograr acallar un intenso clamor social en contra de la impunidad del autor del delito en cuanto a su responsabilidad civil se refiere. Si hubiera tenido la solución dentro del propio proceso, por ejemplo, permitiendo que la víctima fuera parte en el mismo, es muy probable que no la hubiera buscado fuera de él²⁵.

Lo paradójico es que nosotros tenemos esa solución dentro del proceso y sin embargo estamos desarrollando, por no decir copiando a la vista del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito de 2015, cit., la solución anglosajona. Increíble pero cierto.

Pues bien, en esos tres casos, alternativas a la persecución penal, negociaciones sobre la declaración de culpabilidad y Justicia transaccional, la copia del modelo anglosajón significa darle la vuelta a principios sólidos e inquebrantables de nuestro Derecho Penal sustantivo (el principio de legalidad), la pérdida de valores de los fines del proceso penal que no sean alcanzar una condena sin juicio siempre que se pueda, la renuncia a la aplicación de principios del proceso que parecían logros democráticos de primera línea en favor de la protección de la dignidad del acusado (presunción de inocencia, derecho a la prueba, juicio oral y público), vuelta de la confesión como única prueba penal y además determinante, y, finalmente, la privatización sin máscaras de nuestra Justicia Penal.

²³ Véase ROXIN (2015), págs. 368 a 374. En la amplísima bibliografía de Claus Roxin, que se puede consultar en <http://www.claus-roxin.de/>, se dice sobre este artículo en la sección de los *Abhandlungen, Aufsätze, Referate*, Teil II, Nr. 293, que se trata de una ampliación de una obra anterior citada en la parte dedicada a los *Bücher und Kommentierungen* (Teil I, Nr. 38, Beitrag 1), y que el original alemán de este texto no ha sido publicado por su autor; Véase también ROXIN/ SCHÜNEMANN (2014), págs. 98 a 106 y 360 a 366.

²⁴ GÓMEZ COLOMER (2013), págs. 275 a 286.

²⁵ GÓMEZ COLOMER (2015), págs. 59 y ss.

Con todo ello, que no es poco, el mundo está al revés hoy y parece que quien no admita estos “pequeños cambios” no está en el lado de la modernidad y del progreso. Como no existe el proceso penal perfecto, éstas son las salidas que se buscan para al menos hacerlo sostenible, y si estás en contra, en vez de querer salvarlo, lo que realmente demuestras a los ojos pragmáticos del mundo anglosajón es una enorme ignorancia por no estar al día y lo que es peor, expresas un enorme deseo de acabar con él, justo lo contrario de lo que pretendes. Enorme paradoja. Irresoluble.

Pero no me resisto a pensar en voz alta y preguntarme cómo se van a aplicar esos modernismos en los campos más peliagudos hoy del Derecho Penal sustantivo y, por tanto, del Derecho Procesal Penal que debe proporcionarle el necesario cauce para resolverlos. Por ejemplo:

a) ¿Qué se va a hacer en los delitos cometidos por la criminalidad organizada (terrorismo, mafia)? La sociedad no parece, al menos en Europa, muy de acuerdo con negociaciones ni transacciones, mucho menos con alternativas a la persecución. Pero algo se va a tener que hacer. La idea de la Justicia “premial” se va extendiendo paulatinamente en los países continentales europeos y se están empezando a regular figuras de personas informantes que, directa o indirectamente y generalmente a cambio de beneficios procesales remarcables (el premio) para los delincuentes, proporcionan información de primera mano para acabar con un grupo criminal²⁶. Solución peligrosa, porque vive de la delación y del secretismo, que acaba introduciendo en la criminalidad más grave instituciones que en principio sólo estaban previstas para los delitos bagatela o asuntos de menor importancia.

b) La criminalidad económica no ofrece un mejor panorama, especialmente si nos fijamos en los delitos de corrupción (que también pueden ser cometidos por la criminalidad organizada y por tanto sería de aplicación lo acabado de exponer), frente a los que la sociedad está reaccionando por fin de manera clara y rotunda. Todos reconocen que la formación económica de nuestra Policía y de nuestros Fiscales y Jueces es imprescindible para poder acabar con esta delincuencia, porque la clave está en una investigación muy cuidadosa para obtener pruebas irrefutables del hecho punible y de su autor. Pero como eso es prácticamente imposible en estos momentos y los “malos” van muy por delante de los “buenos” (piénsese por ejemplo en la ciberdelincuencia económica), la Justicia premial tiene un espacio y la lucha contra estos criminales necesita de los informantes indicados (sobre todo de agentes encubiertos, sean personas, sean virtuales), que se benefician de los avances anglosajones del principio de oportunidad.

²⁶ Nos referimos a las diferentes posibilidades que conoce el Derecho comparado, con una gran variedad de nomenclaturas: Agente infiltrado, agente encubierto, agente provocador, investigador oculto, policía no destinado a la investigación, delator, persona de confianza, informante, Whistleblower, etc. Vide con detalle mi artículo GÓMEZ COLOMER (2017); y específicamente sobre el agente infiltrado, CARDOSO PEREIRA (2015), págs. 311 y ss.

c) La delincuencia sexual, dicho sea en términos amplísimos (incluyendo por tanto violencia de género, acoso sexual y violación), es otro de los campos en donde vemos dificultades para entroncar las “bondades” que se predicán del principio de oportunidad. ¿Cree alguien en su sano juicio que la mujer violada o víctima de la violencia de género está en condiciones de igualdad para intentar una mediación penal? No, la ley del más fuerte, el varón, rige *de facto* aquí y la Justicia transaccional, si se admite, lo que es muy discutible, no puede olvidar esto. La realidad muestra la veracidad de esta afirmación: ¿Cuántas mujeres han sido asesinadas por sus maridos habiendo retirado ellas una denuncia previa contra ellos o habiéndoles perdonado ya antes al menos una vez?²⁷ En España sin embargo acabamos de prescindir de estas serias consideraciones y ya tenemos reconocida aunque todavía no desarrollada la mediación penal, parece que también para estos delitos.²⁸

Me pregunto finalmente cómo puede influir todo ello en el verdaderamente inocente que tiene la desgracia de ser imputado o acusado errónea o falsamente en un proceso penal. ¿Se verá obligado a negociar una pena más favorable para evitar que continúe el error y se le acabe imponiendo una pena, además de injusta, quizás desproporcionada y absolutamente inasumible para él?

4. Aumento muy relevante del intervencionismo público en la investigación del crimen

Un tercer aspecto sobresale en el mundo actual e influye decisivamente en la configuración de nuestro proceso penal, a saber, la cada vez más perceptible intervención pública en la investigación del delito, en aumento a veces desaforado o prácticamente inadmisibile.

La mejor doctrina europea contempla, muy preocupada, este hecho incontestable²⁹. Para una inmediata comprensión, resumimos la cuestión de este modo: Las autoridades públicas de persecución del delito (el Estado) han demostrado hasta ahora una gran incapacidad en general para prevenir, investigar, acusar, probar y condenar por los gravísimos delitos que se están cometiendo a nuestros ojos y que la sociedad está contemplando aterrorizada, tales como los de

²⁷ Consúltase el informe *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Datos anuales de 2015*, publicado por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género Consejo General del Poder Judicial (España). Sección de Estadística Judicial, accesible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Datos-anuales-de-2015>. Esas estadísticas nos informan por otra parte que aproximadamente el 41% de las mujeres asesinadas víctimas de la violencia de género habían presentado denuncia previa.

²⁸ Por el art. 15 del Estatuto de la Víctima del Delito de 2015, v. GÓMEZ COLOMER (2015), págs. 354 a 356, excepto en violencia de género, en donde la mediación está expresamente prohibida para estos delitos (art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que adiciona el artículo 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en concreto, art. 87 ter.5).

²⁹ Por ejemplo, ROXIN (2015), págs. 374 y ss. *Vide* lo que decimos en nota 24 sobre este artículo.

terrorismo, los de narcotráfico, los cometidos por las mafias de cualquier clase, ciberdelincuencia, delitos económicos, delitos de corrupción, trata de seres humanos o pornografía infantil. El legislador (de nuevo el Estado) ha demostrado por su parte y con creces también una gran incapacidad para construir un nuevo proceso penal que pueda hacer frente a esas nuevas exigencias de persecución y castigo, a la altura en suma de los tiempos que corren. El resultado, indiscutido, es que los delincuentes que cometen tan graves hechos punibles están ganando la partida a la Justicia Penal (al Estado, en definitiva).

Si a ello añadimos la globalización actual y sumamos la superación de barreras y fronteras geográficas, el crimen organizado al que nos referimos puede campar a sus anchas por inmensos espacios de actuación en el mundo moderno.

La ineficacia del Estado, en algunos casos ciertamente la connivencia con el crimen del propio Estado, y la globalización llevan a una desmoralizadora conclusión, muy alarmista y, desde luego, tremendamente peligrosa: El crimen organizado se siente relativamente seguro porque hay una gran impunidad en esos grandes espacios en los que hoy puede moverse a los que hacíamos referencia.

Consciente la sociedad de ello, exige con gran urgencia medidas inmediatas y muy efectivas para luchar, sobre todo, contra los gravísimos crímenes indicados y sus autores. Y aquí viene el problema, porque el *homo politicus*, poco dado a pensar con calma en los últimos tiempos y, desde luego, mal asesorado generalmente sobre la relación poder-eficacia, porque se suele traducir frecuentemente en votos que se ganan o se pierden, reacciona en caliente, casi siempre mal, y opta por lo más fácil: Adoptar medidas espectaculares que tranquilicen a la población y que, de paso, reviertan a su favor en las próximas elecciones.

En nuestra historia más reciente, esto ha tenido una influencia muy importante en la regulación de los actos de investigación que la Policía, la Fiscalía o el Juzgado pueden practicar en el esclarecimiento inicial de esos delitos tan graves.

La evolución en esta materia nos lleva a un proceso penal casi desconocido, en el que:

- a) De ser sujeto pasivo de la investigación únicamente el sospechoso o el imputado (investigado, encausado), se pasa a poderse investigar hoy en la fase sumarial o de diligencias previas a personas que no son sospechosas, o que no están ni siquiera relacionadas con los hechos. Por ejemplo, accediendo y navegando por redes de información, buscando datos personales, que afecten a su conducta o que estén relacionados con ambos patrones (los llamados datos conductuales o relacionales) que nos ayuden o a imputar o a descartar al sujeto. Otro ejemplo nada discutible, la prueba del ADN practicada a todo el entorno familiar y de amistad de la víctima, incluso más allá a meros conocidos o compañeros de trabajo, aun sabiendo que sólo una persona puede

ser el autor³⁰.

b) De estar excluída la opacidad y oscurantismo en la investigación del crimen porque da lugar a pruebas no contrastadas (que de ser admitidas serían prueba prohibida sin duda alguna), se pasa ahora a permitir que las investigaciones realizadas por los servicios secretos estatales, de naturaleza pública, de información e inteligencia (CNI en España, fundamentalmente) se admitan como prueba sin comprobar con exactitud procesal su fiabilidad.

c) De considerarse un bien sagrado e intangible, constitucionalmente protegido al máximo nivel, la intimidad de las personas, se permite hoy que la investigación policial puede valerse de medios técnicos electrónicos e informáticos para espiar nuestras comunicaciones y relaciones. Por ejemplo, introduciendo el llamado gusano informático en nuestro ordenador, mediante el cual la Policía tiene acceso a toda la información que contiene ese ordenador y los aparatos con él conectados³¹. O sea, tiene acceso a toda nuestra vida. Un caso claro de incitación (engaño) policial legal. *Vide infra* apartado siguiente.

d) Finalmente, de considerarse que determinadas vigilancias policiales únicamente eran posibles en casos muy graves y justificados, y siempre previa autorización judicial, se ha pasado a entender hoy que los nuevos medios de vigilancia, que por su alta tecnología y fiabilidad técnica pueden acceder a contenidos que van mucho más allá de una investigación concreta, no afectan al domicilio de las personas ni tampoco a su vida privada, con alguna excepción o matiz, porque se instalan fuera de él y dan lugar a descubrimientos casuales, que hoy se admiten como prueba legítima sin discusión alguna por nuestra jurisprudencia, ya que no forman parte de los frutos del árbol envenenado por la falta de conexión antijurídica con la prueba que realmente se estaba buscando. Por eso, la vigilancia estática -furgoneta en la calle con policías dentro escuchando-, la vigilancia visual, la vigilancia acústica, las videocámaras, son tan útiles en la lucha contra la más grave criminalidad que tenemos en la actualidad.

Este aumento del intervencionismo público en la instrucción del crimen ya ha sido concretado legalmente en España también (v. inmediatamente). No es idea nuestra. El Derecho anglosajón hace tiempo que los admite, y alemanes e italianos también se han ocupado de la cuestión no hace mucho³². Tenemos además normas europeas que nos amparan para la transposición de

³⁰ La bibliografía sobre esta prueba científica, tanto nacional como extranjera, es inabarcable, por ello me remito a las dos obras en donde se contiene la más importante: Véanse, por un lado, GÓMEZ COLOMER (2014), págs. 23 y ss.; y por otro DOLZ LAGO (2012), págs. 13 y ss. Además, es definitivo el minucioso y riguroso estudio de la jurisprudencia española sobre el ADN y su carácter de prueba en el proceso penal, como no podía ser de otra manera en este excelente autor, hecho por DOLZ LAGO, (2016), págs. 35 a 101.

³¹ BUENO DE MATA(2015), págs. 117 y ss.

³² Con carácter general véanse para Alemania ROXIN/ SCHÜNEMANN (2014), págs. 228 y ss.; MEYER-GÖRNER/ SCHMITT (2015), págs. 378 y ss. Para Italia, CHIAVARIO (2015), págs. 384 y ss.; y CONSO/ GREVI/ BARGIS (2014), págs.

numerosos aspectos que relacionan la alta tecnología con la investigación del crimen³³. Pero es inevitable hacerse al menos, y por ahora, tres preguntas importantes al respecto:

1ª) Las normas que nos han influido da la impresión de que han sido diseñadas más pensando en un Estado Policial (es decir, en el que la Policía es un auténtico poder y no un servicio), que en un ciudadano acusado y que por tanto debe ser considerado inocente en este nivel inicial del proceso, sobre todo. Son medidas por ello muy agresivas, que, al actuar como un efectivo sedante para la ciudadanía, tienen vocación de permanencia mientras vivamos socialmente en estado de alerta. ¿Era ello necesario?

2ª) Todas las medidas que podemos encuadrar en esta categoría son medidas que podrían estar en cuanto a su ejecución en el límite de la vulneración de derechos constitucionales del imputado. Al menos estarían afectados en nuestro país, en función obviamente de la medida, el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la intimidad y el derecho a la dignidad. Y también el nuevo derecho fundamental al entorno virtual, en tanto se admita. Si en el caso concreto se estimara una vulneración constitucional, todo serviría para nada, pues los resultados probatorios obtenidos deberían ser expulsados del proceso, lo que pondría en serio peligro probablemente el éxito de la investigación. ¿Era preciso asumir ese riesgo de esa forma?

3ª) El tema de fondo es si es asumible o no desde un punto de vista democrático el notable aumento del intervencionismo público en el proceso penal. ¿Debería haberse hecho otra cosa o de otra forma, deberían haberse tomado otras medidas en consideración? Porque la crítica destructiva no nos sirve. Decir simplemente que estamos en contra del gusano informático sin aportar una solución distinta y fundada, respetuosa con los derechos fundamentales del investigado, que tenga una efectividad similar, no valdría. Lo que sería útil es permitir que la autoridad pública de persecución pudiera llegar a los mismos resultados que con los medios agresivos, pero respetando la Constitución y sin asumir riesgos innecesarios. No es sin embargo tan fácil dar una respuesta que contente a la sociedad (Política Criminal). Me remito a mis conclusiones *infra*, en donde intento aportar alguna idea facilitadora de un nivel de lucha algo distinto, aunque igualmente efectivo.

375 y ss. Y para Estados Unidos LAFAVE/ ISRAEL(1984), págs. 360 y ss.; y DRESSLER/ MICHAELS (2010), págs. 103 y ss.

³³ Por ejemplo, la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. De suma importancia también el Informe de la Comisión al Consejo sobre las modalidades de participación de la Unión Europea en el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO) [COM(2011) 307 final de 6.6.2011], así como la creación de una Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) por Decisión de la Comisión 1999/352/CE, CECA, Euratom, de 28 de abril de 1999 (DO L 136, 31.5.1999, pág. 20). Ambas instituciones han realizado una desbordante actividad desde entonces.

5. Un vuelco importante a la investigación del delito en la teoría y práctica procesal penal españolas a partir de finales de 2015.-

Una concreción importantísima sobre ese intervencionismo público en la fase de investigación del crimen se ha producido en España, con la aprobación, aunque no sólo con ella, de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, citada al principio de este artículo, cuyo objetivo principal es introducir en el proceso penal todos los actos de investigación en los que el uso de las más modernas y altas tecnologías no sólo sea posible, sino que además sea aconsejable³⁴.

En realidad las normas ahora en vigor formaban parte del Proyecto de un nuevo Código Procesal Penal, al que hemos hecho referencia *supra*³⁵, pero ante la imposibilidad de poder aprobarlo por estar prácticamente al final de la anterior legislatura y por otras razones político-legislativas inherentes al propio proyecto muy discutidas, como el cambio de otorgar la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal, hizo pensar al Gobierno que era mejor optar porque entrara en vigor lo más avanzado de ese proyecto global, los nuevos actos de investigación basados en las nuevas tecnologías, para modernizar definitivamente la fase de averiguación del crimen en España, y de ahí el Proyecto de ley separado, que acabó convirtiéndose en la Ley Orgánica 13/2015, citada en el párrafo anterior.

Dos aspectos debemos reflejar en este texto para demostrar nuestras anteriores afirmaciones: En primer lugar, el intervencionismo público en la instrucción del delito no puede significar autorizar una confrontación, y mucho menos una vulneración, en su práctica, de las garantías constitucionales del imputado o acusado; y en segundo lugar, el intervencionismo público en la investigación del crimen presenta el evidente y grave peligro, que debe controlarse adecuadamente, de facilitar una investigación del crimen mucho más agresiva, ante el enorme poder concedido a la Policía (científica o no) para practicar los nuevos actos de investigación basados en la aplicación y uso de las modernas tecnologías.

1º) En cuanto a la primera cuestión, es sabido, porque es común a todas las democracias de corte occidental, que concretas diligencias de investigación, así como determinadas pruebas, tienen una protección ulterior establecida por la Constitución. Su esencia radica en que en una democracia el legislador quiere que la lucha entre el Estado, cuya función principal en este punto es perseguir el delito y castigar al delincuente para garantizar la paz social puesta en peligro por él, y el imputado sospechoso de haber cometido ese delito, sea limpia, justa y ecuánime, no estableciendo más limitaciones a sus derechos que las exigidas por la propia naturaleza del Derecho Penal y del proceso penal, y en todo caso autorizadas por un juez. Son las diligencias de

³⁴ Véase ALONSO SALGADO (2015), págs. 96 a 105.

³⁵ Vide nota 8.

investigación que conforman los llamados doctrinalmente actos garantizados.³⁶

La clave consiste en equilibrar jurídicamente y en la realidad práctica la tremenda lucha que ese campo de tensiones produce, casi siempre en desventaja inicial para el imputado, que es inocente mientras no se demuestre lo contrario.

El juego de la protección es muy parecido: La ley no puede permitir, ni la práctica derivada de ella tampoco, para mantener ese equilibrio, que un derecho fundamental del acusado, o de la víctima (acusación particular), o del actor popular, sea vulnerado por la aplicación de una norma procesal, porque entonces la balanza se desequilibra y gana el Estado ilegítimamente, por quebrar la Constitución. Por tanto, la ley hace depender su extensión y aplicabilidad, y con ello su eficacia, de su propio ajuste constitucional. Si la vulneración se produce, no es válido el acto o trámite procesal realizado, pues la protección constitucional lo convierte en nulo.

El Tribunal Supremo Federal alemán dijo en una conocida Sentencia de 14 de junio de 1960, cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América empezaba a difundirse regularmente por Europa, que “no es un principio de la ley procesal penal que tenga que averiguarse la verdad a cualquier precio”³⁷.

Ello nos lleva directamente a la prueba prohibida, que no debe tratarse aquí porque no es el punto al que queremos llegar hoy. Ahora deben estudiarse los actos garantizados y observar cómo ha previsto la ley que se practiquen sin afectar negativamente al juicio justo, al proceso con todas las garantías.

Una observación general antes de entrar en ellos. Quizás estemos ante la cuestión más delicada del proceso penal en su fase preliminar hoy, porque los intereses en juego están engordando en forma exagerada las tensiones naturales. La lucha contra la criminalidad organizada, el problema penal más grave de nuestra sociedad hoy (narcotráfico, terrorismo, mafias, cibercriminalidad, corrupción, trata de mujeres, pornografía infantil, etc.), está desbordando a la Policía, no siempre preparada técnicamente para luchar adecuadamente contra ella. Esto hace que muchas veces se quiera acortar el camino pasando por encima de las garantías constitucionales. Se ha llegado a proponer incluso para estos criminales un Derecho Penal y un proceso penal distinto, menos garantista y más autoritario (Derecho Penal del Enemigo)³⁸. Si no vigilamos el desarrollo, podríamos regresar a épocas que jamás deben volver.

La clave del éxito no está en recortar los derechos de los imputados, sino en preparar mejor a la Policía y especializar a nuestros Fiscales y Jueces en esta lucha contra el crimen organizado. Una potenciación de la acción particular (la de la víctima), convirtiéndola en una especie de Fiscal

³⁶ Vide MONTERO AROCA, *et al.* (2015), págs. 217 y ss. En esta edición se ha procedido a una reestructuración y nueva redacción de la mayor parte de los mismos respecto a la edición anterior.

³⁷ La dí a conocer hace más de 30 años en mi libro GÓMEZ COLOMER (1985), pág. 128, nota 1.

³⁸ De la mucha bibliografía existente, baste con leer al propio autor en JAKOBS/ CANCIO MELIÁ (2006). Un resumen de esta posición y sus críticas en GÓMEZ COLOMER (2009), págs. 746 a 750.

privado, sobre todo si acaba investigando el Fiscal público, no debería tampoco descartarse, ni una acción popular mejorada. También pueden ser admisibles limitaciones a los derechos constitucionales en ciertos casos, pero sólo excepcionalmente y por tiempo determinado. Sin embargo, el derecho de defensa nunca debería ser objeto de restricciones.

2º) En cuanto a la segunda, veamos, con unos matices previos, los diferentes nuevos actos de investigación, las acciones a realizar por la Policía y el debido control judicial que debe producirse para evitar esa agresividad a la que hacíamos referencia.

5.1. Actos existentes.

Algunos actos de investigación importantes no han sido modificados en 2015 y por tanto no haremos más que una breve mención a ellos. Básicamente:

1º) La **entrada y registro en lugar cerrado** (arts. 545 a 572 LECRIM, que afectan al derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 de la Constitución);

2º) El **registro de libros y papeles** (arts. 573 a 578 LECRIM, que afecta al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la Constitución: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”); y

3º) Las **intervenciones corporales directas**: Éste es un tema más complejo, pues el art. 15 CE reconoce a todas las personas el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral. Sin embargo, la integridad física puede verse afectada por determinadas medidas de investigación criminal, generalmente además no reguladas por la Ley en forma expresa, por ejemplo, cuando son necesarios reconocimientos corporales para averiguar las circunstancias del delito y la posible responsabilidad de sus autores. Sorprende de manera muy negativa esta falta de regulación en tema tan importante como delicado, sobre todo teniendo en cuenta la ingente cantidad de reformas procesales que se han producido en 2015.

Dicho esto, las diligencias pueden ser muy variadas³⁹:

a) Extracciones de sangre (v.gr., en delitos contra la libertad sexual, arts. 178 y ss. CP).

b) Análisis de líquidos humanos (saliva, semen, orina, etc.), y punciones pulmonares o medulares. Merece destacarse aquí la toma de muestras para averiguar el ADN de una persona. Esta prueba afecta a varios derechos constitucionales del investigado (integridad física, intimidad, a no declarar contra sí mismo, defensa). Como practicarse a efectos meramente identificadores y también de archivo (nunca del ADN codificante) en una base de datos específica, los derechos fundamentales afectados pueden variar. La

³⁹ Igualmente, v. MONTERO AROCA *et al.* (2015), págs. 236 y ss.

LECRIM la regula muy parcialmente en los arts. 326, 363 y 778.3, así como en su DA-3^a. La LO 10/2007, de 8 de octubre ha regulado la base de datos policial sobre identificadores a partir del ADN. La legislación europea sobre el tema es ya muy amplia, destacando el Tratado de Prüm de 2005.

c) Radiografías, electrocardiogramas o encefalogramas.

d) Tactos vaginales o anales (v.gr., en delitos contra la salud pública, arts. 359 y ss. CP; v. Instrucción 6/1988 FGE, en Memoria 1989, pág. 605).

e) Reconocimientos corporales (v.gr., en delitos de aborto, arts. 144 y ss. CP, LO 2/2010, de 3 de marzo).

f) Tests psiquiátricos o psicológicos.

g) Tests de alcoholemia y de estupefacientes en delitos contra la seguridad del tráfico, uno de los pocos actos que tienen regulación legal (v. arts. 12 LTraf, modificado en 2014, y 20 a 28 Rto.LTraf).

5.2. Actos ya existentes reformados.

Otros actos de investigación que nuestro Derecho ya conocía sí han sido reformados, pero en forma no determinante. Por ejemplo:

1.- La diligencia de **detención de la correspondencia escrita y telegráfica**, regulada en los arts. 579 a 588 LECRIM. Se ha modificado el art. 579 y se ha introducido el art. 579 bis por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, además de en el Título VIII («De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución»), un Capítulo III con esta rúbrica: «De la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica». La diligencia de intervención de las comunicaciones privadas del imputado en forma de correspondencia escrita (por ejemplo, postal) o telegráfica, implica, como el registro de libros y papeles, también ante una limitación al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la Constitución, antes citado⁴⁰.

Dos previsiones, quizás no muy bien ubicadas, contiene el mencionado art. 579 bis LECRIM, que tienen relevancia en la utilización de la correspondencia escrita y telegráfica hallada y con los descubrimientos casuales que se puedan producir. En el primer caso, se pueden utilizar en un proceso penal distinto como medio de prueba; en el segundo, para que no sea prueba prohibida, se requiere autorización judicial para continuar con la investigación a partir de esta prueba descubierta casualmente, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida en su momento.

⁴⁰ RODRÍGUEZ LAINZ (2016), pág. 3.

2.- La **diligencia de filmación de lugares públicos** se regula en la LO 4/1997, de 4 de agosto. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pueden filmar y grabar mediante videocámaras lo que ocurre en lugares públicos, como calles o plazas, sean abiertos o cerrados. Esta posibilidad, indiscutiblemente de carácter preventivo, está directamente pensada para proteger la seguridad ciudadana, erradicar la violencia callejera y garantizar la seguridad pública, incluso en materia de circulación vial, pero puede convertirse en un acto de investigación si, como consecuencia de la filmación, se detecta la comisión de un delito, o coadyuva al descubrimiento de su autor. El nuevo art. 588 quinquies a) LECRIM, introducido en 2015, sobre captación de imágenes en lugares o espacios públicos, complementa ahora estas previsiones (v. *infra*).

5.3. La verdadera reforma: Los modernos actos de investigación tecnológicos. Sus principios.

La verdadera reforma se produce a finales del año pasado. Se trata de actos de investigación que son o absoluta o prácticamente novedosos (porque sin base legal los reconoció la Jurisprudencia) desde el punto de vista legislativo, introducidos como dijimos por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica⁴¹.

1.- Dos observaciones previas a su consignación:

1ª) La justificación de su introducción es plausible si se considera la posición de la sociedad frente a la altísima preocupación que causan las nuevas formas de delincuencia, que utilizan todos los avances tecnológicos para cometer sus horribles crímenes, frente a los que la sociedad está en principio atónita y después indefensa. Se trata por tanto de utilizar las mismas herramientas, las que proporciona la alta tecnología de la que disfrutamos en la actualidad, para luchar eficazmente contra esa delincuencia, casi siempre organizada.

2ª) Algunos de los nuevos actos de investigación tecnológicos representan un nivel de agresión en la esfera personal y privada del ciudadano sospechoso de haber cometido el delito tan alto, que parecen hacernos decir que un nuevo Estado policial se está pergeñando. No debemos exagerar, pero tampoco dejar de estar atentos, pues el garantismo procesal en España ha alcanzado una cota una vez restablecida la democracia, tras décadas de ausencia, que vale la pena mantener en favor de lo que se llama un tanto erróneamente “juicio justo” o “juicio con todas las garantías”, porque el juicio o es justo, o no es juicio; y el proceso o es garantista, o no es proceso.

Es cierto que todos los países democráticos están reaccionando de la misma manera y todos tienen en alguna forma como actos de investigación los que ahora se han incorporado a nuestra legislación. La lucha contra la criminalidad organizada (definida por el art. 570 bis.1, II CP) y los

⁴¹ Véanse MONTERO AROCA, *et al.* (2015), págs. 237 y ss.; MORENO CATENA/ CORTÉS DOMÍNGUEZ (2015), págs. 271 y ss.; GIMENO SENDRA (2015), págs.407 y ss.; BANACLOCHE PALAO/ ZARZALEJOS NIETO (2015), págs. 195 y ss.; GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/ GONZÁLEZ ÁLVAREZ (2015), págs.151 y ss.

horribles crímenes que comete parecen justificar este nivel superior de control policial y judicial que estos actos representan.

Ante este panorama, al Estado no le ha quedado más remedio, para luchar con eficacia contra la nueva delincuencia tecnológicamente avanzada, que ponerse a su altura con los mismos medios para contrarrestarla, aunque para conseguirlo tenga que afectar a la vida privada de las personas. El problema es que al criminal le da igual vulnerar derechos constitucionales de los ciudadanos, pero al Estado democrático ello no le puede ser indiferente. Y aquí precisamente es donde se encuentra el principal escollo de las medidas que vamos a estudiar a continuación.

La cuestión jurídica se centra por tanto en hallar el equilibrio exacto entre la exigencia de acciones específicas para proteger a la sociedad en peligro y los derechos del ciudadano imputado o sospechoso de haber cometido un crimen de esa naturaleza, siempre inocente hasta la sentencia de condena.

La nueva regulación pretende una sistematización dogmática de estos actos de investigación para que, sobre todo, no se produzcan supuestos de nulidad a causa de pruebas prohibidas. Establece por ello instrumentos esenciales de ese equilibrio, a saber, el reconocimiento de unos principios rectores y la exigencia de cumplimiento de unos requisitos garantistas, que reafirmen a un tiempo el Estado de Derecho y la eficacia de la persecución de esos delitos. Las Disposiciones Comunes a todos estos nuevos actos de investigación recogidas en los arts. 588 bis a) a 588 bis k) LECRIM, detallan esos principios y garantías a los que hacíamos referencia.

Los principios rectores y garantías constitucionales y ordinarias de los nuevos actos de investigación tecnológicos ahora normativizados, son fruto de la más avanzada Jurisprudencia constitucional y ordinaria de nuestros más altos tribunales en los últimos años. Se aplican a todos ellos y tienen como finalidad común determinar primero, y poder controlar después, que la resolución jurisdiccional de limitación de los derechos fundamentales a través de estas medidas es legítima, está fundamentada y es procedente.

Se trata de los siguientes principios (art. 588 bis a), distinguiéndose entre los que tienen naturaleza constitucional y los que tienen naturaleza ordinaria⁴²:

a. De naturaleza constitucional

1º) El principio de la *exclusividad jurisdiccional*: El acto de investigación únicamente se puede practicar si se ha autorizado previamente por el Juez Instructor mediante auto. El *principio de idoneidad* servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.

Así, el art. 588 bis b) regula el contenido de la solicitud de autorización; y el art. 588 bis c)

⁴² Con carácter general, v. CABEZUDO RODRÍGUEZ (2016), págs. 29 y ss.; LÓPEZ CAUSAPÉ (2016); RICHARD GONZÁLEZ (2016), pág. 1.; RODRÍGUEZ LÁINZ, (2016); y ZOCO (2015).

establece los extremos de la resolución judicial. El complejo contenido del auto regulado en esos preceptos parece buscado de propósito, para que los Jueces abandonen prácticas viciosas de autorizar injerencias en derechos fundamentales de los ciudadanos de manera rutinaria, con carácter genérico o en forma poco motivada.

El acto de investigación acordado está sujeto al control previsto en el art. 588 bis g): La Policía Judicial informará al juez de instrucción del desarrollo y los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que este determine y, en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma.

2º) Investigación de un delito iniciada (*principio de especialidad*): El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva. Con ello se quieren prohibir expresamente las diligencias con carácter prospectivo, es decir, las que sin relación con un caso concreto buscan pruebas por si acaso hubiera algo⁴³.

3º) El principio de *necesidad* del acto de investigación, por lo que, en aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida:

a) Cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o

b) Cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.

4º) El principio de *proporcionalidad*: Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

b. De naturaleza ordinaria

1º) Garantía de *secreto*: La solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa (art. 588 bis d). Algo obvio, porque si el interceptado sabe que le están grabando no dirá nunca nada que tenga relevancia penal.

⁴³ Véase MARCHENA GOMEZ, *et al.* (2015), pág. 213.

2º) Límites de la *extensión de investigación a terceros*: De acuerdo con el art. 588 bis h), podrán acordarse las medidas de investigación reguladas en los siguientes capítulos aun cuando afecten a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas.

3º) Utilización de la *información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales*: El uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los descubrimientos casuales se regulan con arreglo a lo dispuesto en el artículo 579 bis (art. 588 bis i), antes tratado. En cuanto al primer supuesto, frecuente en la práctica, la norma recoge el Acuerdo no jurisdiccional adoptado en Sala General, por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009, en el sentido de ser prueba utilizable en otro proceso. El descubrimiento casual o inevitable lo vamos a tratar *infra* en breve.

4º) *Cese de la medida*: El art. Artículo 588 bis j) dispone que el juez acordará el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos, y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada.

5º) Finalmente, es posible la *destrucción de los registros* originales electrónicos, según el art. 588 bis k), dado el interés legítimo del ciudadano en que no se conserven más allá de lo previsto legalmente: Una vez que se ponga término al procedimiento mediante resolución firme, se ordenará el borrado y eliminación de los registros originales que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida. Se conservará una copia bajo custodia del Letrado de la Administración de Justicia. Se acordará la destrucción de las copias conservadas cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado o cuando el delito o la pena hayan prescrito, o se haya decretado el sobreseimiento libre o haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado, siempre que no fuera precisa su conservación a juicio del tribunal. Los tribunales dictarán las órdenes oportunas a la Policía Judicial para que lleve a efecto la destrucción contemplada en los anteriores apartados.

c. Duración de la medida

El tiempo de vigencia de la medida se regula en el art. 588 bis e): Las medidas tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas y no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos. La medida podrá ser prorrogada.

d. Medidas de aseguramiento

Fuera de las Disposiciones Comunes acabadas de recoger, debe estarse a las medidas de aseguramiento previstas en el art. 588 octies LECRIM, porque tienen que ver con todos los actos de investigación que vamos a citar a continuación y tienen también incidencia constitucional. Afectan a la orden de conservación de datos informáticos y a ciertas actuaciones de prevención.

Si se consigue o no un control efectivo de la práctica de estas medidas tan agresivas para evitar

vulneraciones constitucionales y demás peligros indicados, es cuestión que sólo una práctica continuada en el tiempo nos dirá.

Entremos, pues, en su descripción crítica.

6. Modernos actos de investigación basados en el diseño y aplicación de las nuevas tecnologías, especialmente aptos para la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción

Hago referencia, por imperativo legal, a las siguientes seis diligencias: Intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización; registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información; registros remotos sobre equipos informáticos; y análisis del ADN en caso de delitos graves para inscripción en una base de datos policiales.

6.1. Intervención o interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

Es un acto de investigación clave en la persecución de la criminalidad organizada, en cualquiera de sus modalidades (terrorismo, mafias, narcotráfico, etc.), habiéndose revelado como especialmente útil en la lucha contra la corrupción.

La antigüedad de la LECRIM impidió que se previera y regulara la posibilidad de tomar conocimiento, para los fines del proceso penal, de comunicaciones privadas que se efectúan a través de medios distintos al correo y telégrafo, como el teléfono, el télex, el fax, el correo electrónico y cualquier forma de mensajería instantánea a través de la red (*Skype, FaceTime, Viber, Twitter, Facebook, SMS, MMS, WhatsApp, Messenger, Telegram, etc.*).

Que el Juez de Instrucción pudiese intervenir una conversación telefónica o comunicación por télex, fax, o cualquier otro medio, era indudable ya desde el art. 18.3 CE, pero para actualizar la LECRIM se modificó su art. 579 por LO 4/1988, de 25 de mayo, en donde se reguló la intervención y escucha de conversaciones telefónicas en la fase de investigación del proceso penal. Pero en el fondo la reforma fue muy defectuosa, ya que el supuesto normativo resultó poco preciso y con evidentes lagunas, que han tenido que ir interpretándose y perfeccionándose progresivamente por la doctrina del TC (S 184/2003, de 23 de octubre), y por el TS, cuyo punto de partida es el Auto TS de 18 de junio de 1992 (RA 6102). Por su importancia práctica, consideramos especialmente esta diligencia, debiendo tenerse en cuenta, al menos de momento, la Circular 1/1999, de 29 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre este tema.

La reforma de la LECRIM ha venido también impuesta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en diversos casos en los que se alegó la vulneración del art. 8 del Convenio (sobre todo *Kruslin c. Francia*, *Huwig c. Francia*, ambos de 1990, y *Valenzuela Contreras c. España*, de 1998),

concluyó que era necesario que la limitación del derecho fundamental estuviera expresamente prevista por la ley y precisamente por una ley que fuera compatible con la preeminencia del derecho. En esta doctrina ha insistido este tribunal en varios casos relevantes, que ahora no son del citar, algunos de ellos ya antiguos, destacando la STEDH de 18 de febrero de 2003 (caso *Prado Bugallo*).

Ante estos antecedentes, la LO 13/2015, ha procedido a reformar profundamente el acto de investigación meritado, que pasa a denominarse “Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas”, regulado en el nuevo Capítulo V del Título VIII del Libro II LECRIM, arts. 588 ter a) a 588 ter m). Se trata de un desarrollo específico y muy relevante en el ámbito del proceso penal del derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 de la Constitución.

La medida afecta a todos los medios de comunicación posibles a través del teléfono o telemáticamente (tanto los conocidos hoy como los que en el futuro puedan incorporarse al mercado). Como puede suponerse fácilmente, todos los ciudadanos, como usuarios, somos susceptibles de ella ante la utilización masiva de los mismos. Esto significa, por poner un ejemplo concreto, que la diligencia de investigación de interceptación no busca intervenir el teléfono del titular o propietario sólo, sino también el de cualquier usuario que sea en estos momentos tercero procesal. Lo importante por tanto es el teléfono o medio de comunicación.

Antes de la aprobación de la reforma operada por la LO 13/2015, ya el TS había tenido ocasión de pronunciarse sobre la utilización como prueba de conversaciones usando redes sociales (como *Twitter*, *Facebook*, *Twenti*, etc.) o la utilización de mensajes mediante el medio más utilizado en España, el *WhatsApp*, admitiendo su validez con cautela y dados ciertos requisitos, tanto mediante aportación directa de los mismos como mediante la llamada coloquialmente técnica del “pantallazo” o foto de pantalla que se incorpora como documento gráfico [SS núm. 850/2014, de 26 de noviembre (RJ 2014\6423); y núm. 300/2015, de 19 de mayo, RJ 2015\1920]⁴⁴. Referencia importante también fue la doctrina de inconstitucionalidad de las grabaciones de conversaciones del detenido en sede policial mientras no se reformase profundamente el art. 579 LECRIM, pues con su hoy derogada redacción no daba cobertura legal a las mismas (v. la importante S TC 145/2014, de 22 de septiembre, uno de los revulsivos de la reforma sin duda alguna al amparo de su crítica y negativa doctrina respecto a la redacción del antiguo art. 579 LECRIM).

La limitación del derecho formal al secreto de la comunicación exige la concurrencia de unos requisitos, que pueden clasificarse en constitucionales y de legalidad ordinaria, produciendo esta distinción consecuencias relevantes a efectos probatorios sobre todo, como veremos *infra*.

a. Los requisitos constitucionales

Se trata de los cinco siguientes, quizás la reforma más trascendente dentro de este acto de

⁴⁴ Véanse RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (2015), págs. 137 y ss.; CARRETERO SÁNCHEZ (2016), págs. 7 y ss.; y BUENO DE MATA (2016), pág. 1.

investigación casi totalmente renovado. Hasta la reforma de 2015, la S TS núm. 505/2016, de 9 de junio (JUR\2016\135265), realizó en sus FD 1º y 2º el más perfecto resumen jurisprudencial de la cuestión. Aunque esta sentencia cita la reforma de 2015, no pudo tenerla en cuenta para la resolución del recurso de casación. Lo decimos porque alguna de las decisiones respecto a requisitos concretos, como la constitucionalidad de la motivación por remisión, como veremos *infra*, ya no puede sostenerse hoy.

Por otra parte, la escasa doctrina que hasta la fecha ha estudiado esta reforma destaca toda ella la enorme influencia constitucional en la regulación de este acto de investigación⁴⁵:

a) *Exclusividad jurisdiccional*: En nuestro derecho la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede decretarla un órgano dotado de potestad jurisdiccional; no se admiten limitaciones del derecho que provengan de la autoridad administrativa. Se prevé como sabemos con carácter general en el art. 588 bis c) y así lo confirma para este acto concreto el art. 588 ter d) LECRIM.

b) *Resolución judicial*: La resolución judicial, que ahora puede producirse de oficio de acuerdo con el art. 588 bis b)-1, debe ser motivada y, por tanto, es un auto (art. 588 ter d)-1). Para que sea posible obtener esa autorización deberá solicitarse al Juez previamente por escrito, que deberá contener, además de los requisitos mencionados en el artículo 588 bis b, los previstos en dicho art. 588 ter d).

Esto supone que la práctica judicial de acordar la intervención en las llamadas diligencias indeterminadas carece de respaldo constitucional (a pesar de que el TS ha admitido esa práctica hasta ahora, S TS de 22 de enero de 1998, RA 148), ya que no hay posibilidad de que el ciudadano investigado pueda ejercer su derecho de defensa, ni de que su ejecución pueda ser controlada por nadie externo (v.gr., el MF).

Pero (ap. 3 del art. 588 ter d), y aquí puede venir uno de los problemas a los que hacíamos referencia *supra*, en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad, dando cuenta inmediata al Juez para su confirmación o revocación. El control judicial es *a posteriori*, por tanto. En caso de necesidad, la medida puede ser prorrogada (art. 588 ter h).

De estas normas cabe deducir que:

⁴⁵ Véase RODRÍGUEZ LAINZ (2015), pág. 52. Recientísimamente, v. también RODRÍGUEZ LAINZ (2016), págs. 77 y ss. Antes de aprobarse la ley se había referido a ello este mismo autor en *La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal*, Diario la Ley núm. 8039, de 8 de marzo de 2013, pág. 3. Igualmente acabados de salir de imprenta, v. CASABIANCA ZULETA (2016), págs. 224 y ss.; HUETE NOGUERAS (2016), págs. 59 y s.; MUERZA ESPARZA (2015), págs. 165 y ss.; y QUERALT (2016), págs. 151 y ss.

1º) No existen autorizaciones: Cuando el art. 18.3 CE dice que por resolución judicial puede limitarse el derecho al secreto de las comunicaciones, no está diciendo que la autoridad judicial pueda autorizar a la Policía para que sea ésta la que limite el derecho, sino que lo dispuesto en la norma es que la limitación queda comprendida en el ámbito estricto de la actuación de los Juzgados y Tribunales.

Cosa distinta es que la autoridad judicial, asumiendo la limitación en exclusiva, encomiende a la autoridad administrativa la realización de determinadas actividades materiales, para las que la primera no cuenta con los medios físicos necesarios, lo cual es posible, aunque debe tenerse siempre en cuenta que la realización de la actividad material no supone autonomía de la autoridad administrativa.

Entre las autoridades no judiciales excluidas de la posibilidad de decretar la limitación del secreto de las comunicaciones se encuentra también el Ministerio Fiscal; éste, en sus diligencias, no puede acordar la intervención.

2º) Proceso penal incoado: La limitación del secreto sólo puede decretarse si existe un proceso penal ya abierto, pues la limitación misma sólo puede justificarse en la existencia de indicios de responsabilidad criminal.

3º) Competencia: Si la intervención ha de decretarse en un proceso penal abierto, la consecuencia es que la competencia corresponde al Juzgado de Instrucción que está realizando el sumario o diligencias previas.

Debe añadirse que:

- a) El auto es necesario tanto para decretar la intervención como para prorrogarla.
- b) Aunque la Jurisprudencia admite la utilización de modelos impresos (S TS de 2 de febrero de 1998, RA 414), ello supone la negación misma de lo que es una verdadera motivación.
- c) También se admitía jurisprudencialmente la llamada motivación por remisión (tema advertido *supra*), esto es, entender que el auto está motivado cuando las razones de la decisión se encuentran en la solicitud de la Policía o del Fiscal, a la que se remite el auto (v. STC 49/1999, de 5 de abril). Por lo que decimos a continuación, esta clase de motivación ya no puede ser admisible.
- d) La verdadera motivación exige que el auto explique los indicios de responsabilidad criminal que justifican una limitación tan grave de un derecho fundamental. Se trata de que existan hechos concretos desde los que pueda razonablemente concluirse que se ha cometido un delito (lo que excluye las meras conjeturas y, sobre todo, la pesquisa, es decir, el salir a la búsqueda de un delito, de cualquier delito), que ha de sospecharse ra-

zonablemente que ha sido cometido por persona determinada. Por ello es obvio que el auto debe expresar cuál es el número del teléfono a intervenir.

e) Finalmente, la ley impone un deber de colaboración con el Juez, el Fiscal y la Policía a todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como a toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, bajo secreto, para que este acto de investigación se pueda practicar, pudiendo incurrir en delito de desobediencia en caso contrario (art. 588 ter e).

c) *La prohibición del exceso*: Con esta expresión se está haciendo referencia jurisprudencialmente a dos requisitos de contenido constitucional:

1º) Necesidad de la medida: Supone que la intervención telefónica tiene que ser el único medio por el que puede descubrirse la existencia del delito o de sus circunstancias o, por lo menos, el medio por el que se sacrifican menos los derechos fundamentales del imputado (recordemos que es un principio rector, fijado en el art. 588 bis a)-5).

En último caso la necesidad tiene que referirse a que los otros posibles medios de investigación de un determinado delito y de una concreta persona no ofrezcan garantías de alcanzar la finalidad perseguida. Por ello es por lo que a veces se habla, no de necesidad, sino de subsidiariedad.

2º) Proporcionalidad de la misma: El principio viene fijado ahora por el nuevo art. 588 ter a), al disponer que la autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

Recordemos que esos delitos son los siguientes: 1) Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; 2) Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; y 3) Delitos de terrorismo.

Ello significa con más detalle lo siguiente:

1º) La concreción del principio de proporcionalidad para todas estas medidas, fijada como principio rector en el art. 588 bis a)-5, aclara algo fundamental: Que dicho principio ya no se controla atendiendo principalmente a la gravedad del hecho o a su trascendencia social, porque tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no ha de ser superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Por ello, para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del

interés público se basará, como no podía ser menos, en la gravedad del hecho, pero además y muy principalmente también en su trascendencia social o en el ámbito tecnológico de producción, en la intensidad de los indicios existentes y en la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

2º) Que los delitos afectados no sólo son los graves y más graves, como habría sido oportuno establecer siguiendo la tendencia europea de no permitir la interceptación en cualquier caso, sino también a los menos graves. En efecto, por un lado, se acaba con la perturbadora idea de permitir la medida, como ocurría hasta ahora con fundamento jurisprudencial, con base en la naturaleza del delito, tanto por lo que se refería a la pena del mismo, como a su trascendencia social (v. SS TC 166/1999, de 27 de septiembre; y 167/2002, de 18 de septiembre), pues en este sentido el criterio es puramente objetivo. Pero por otro, si contemplamos los delitos dolosos, observamos que se opta por el valor cuantitativo de la pena (tres años de prisión), lo que permite que muchos delitos menos graves caigan dentro del requisito.

d) Especialidad: Siendo la medida de intervención telefónica necesaria y proporcionada, es obvio que en el auto decretándola han de especificarse los indicios, el delito concreto que de los mismos se desprende y la persona que aparece como sospechosa de ser la autora del mismo. Por eso la reforma recoge este contenido, entre otros datos, en el nuevo art. 588 bis c)-3, configurado como requisito general de todos los actos, a los que habrá que añadir los propios de esta medida tratados aquí.

La cuestión más grave que se presenta en la práctica es la del descubrimiento de hechos casuales o “descubrimiento inevitable”, esto es, el que al estar investigando un delito y a una persona determinada, se intervenga una conversación por la que se conoce otro delito con autor diferente (algo muy frecuente con los delitos de corrupción, pues se suelen descubrir casualmente investigando mediante este acto, por ejemplo, a un grupo mafioso). La solución jurisprudencial no era clara, pero se admitía que el Juez podía inmediatamente, por medio de auto, bien ampliar el objeto de la investigación en el mismo procedimiento preliminar, bien proceder a incoar nuevo procedimiento. La adquisición de resultados de investigación mediante pruebas ilícitas o ilegalmente obtenidas, que de otra manera lícita o legal se habrían obtenido necesariamente, es constitucionalmente válida según nuestra jurisprudencia (S TS de 8 de febrero de 2000, RA 291), pero esta doctrina debe ser analizada con sumo cuidado por los evidentes peligros que entraña a la vista del nuevo art. 588 bis i), párrafo II, en relación con el art. 579 bis LECRIM.

e) Contradicción: Las partes tendrán acceso a las grabaciones, de acuerdo con el art. 588 ter i)-1 y 2, una vez alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención. Para ello, se les entregará copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. Si en la grabación hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas, solo se entregará la grabación y transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos. La no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción entregada se hará constar de modo expreso.

Frente a ello las partes pueden, una vez examinada la grabación, solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entiendan relevantes y hayan sido excluidas. El Juez de

Instrucción, oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa.

f) *Protección de terceros*: El art. 588 ter i)-3 ordena al Juez notificar a las personas intervinientes en las comunicaciones interceptadas el hecho de la práctica de la injerencia y se les informará de las concretas comunicaciones en las que haya participado que resulten afectadas, salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o puedan perjudicar futuras investigaciones. Si la persona notificada lo solicita se le entregará copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones, en la medida que esto no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiere adoptado la medida de injerencia.

g) *Duración limitada*: A pesar de que el art. 18.3 de la CE no contiene referencia expresa al plazo de duración de la intervención, la prohibición de intervenciones ilimitadas en el tiempo ha de entenderse integrada en el requisito de la proporcionalidad, y por eso era necesario que la ley de desarrollo fijara un plazo de duración.

Eso es lo que hizo el art. 579 de la LECRIM, al establecer el plazo de tres meses, prorrogable por iguales períodos, y es lo que confirma el nuevo art. 588 ter g), con el matiz siguiente: «La duración máxima inicial de la intervención, que se computará desde la fecha de autorización judicial, será de tres meses, prorrogables por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses.»

Obsérvese que esta norma altera el régimen general previsto en los arts. 588 bis e) y 588 bis f), que fijan la duración temporal no en concreto, sino en abstracto en función de lo que cada medida particular necesite, manteniendo la posibilidad de prórroga.

El plazo que fije el Juez ha de entenderse como máximo, por lo que la necesidad de motivación, por un lado, exige que se diga en el auto el porqué de la duración que se acuerda, plazo que ha de fijarse, por otro lado, atendido el requisito de la proporcionalidad. Se trata, por tanto, no ya sólo de que no pueden existir intervenciones telefónicas ilimitadas, algo *contra legem* hoy sin duda alguna, sino de que el límite temporal concreto que se acuerde por el Juez ha de estar motivado y ser proporcional.

La posibilidad de prorrogar no puede conducir a que la duración de la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones sea de hecho indefinida o a que esa duración sea excesiva por desproporcionada.

La concurrencia de los principios de exclusividad jurisdiccional, idoneidad, especialidad, necesidad y proporcionalidad, hace que la medida a adoptar sea legítima desde el punto de vista constitucional. Y no menos importante, el respeto a los mismos garantiza que tanto la medida como los resultados obtenidos serán prueba válida y lícita a efectos de la acusación o la defensa.

6.2. Los requisitos de legalidad ordinaria

Una explicación adecuada de los requisitos de legalidad ordinaria requiere distinguir entre aquéllos que afectan a la fase de instrucción y aquellos otros que determinan cómo se practica la prueba en el juicio oral. En la instrucción, la medida de intervención telefónica puede ser un acto de investigación, por medio del que se pretende averiguar la perpetración del delito, con todas sus circunstancias, y el autor del mismo, pero la medida ha de realizarse de modo que tienda también a preparar el juicio oral, descubriendo fuentes de prueba y, a veces, preconstituyendo prueba. Lo que nos importa aquí no es tanto el acto de investigación, como la forma de realizar la intervención para que pueda llegar a surtir efectos probatorios en el juicio oral.

a) El llamado control judicial: La exclusividad jurisdiccional supone que la medida es decretada sólo por el Juez de Instrucción y que al mismo corresponde la ejecución de la misma. Razones prácticas, con todo, aconsejan que la actividad material de la escucha y de la grabación se encomiende a la Policía Judicial, si bien debe tenerse en cuenta que ésta actúa en todo caso bajo las órdenes directas del Juez. Consiguientemente no se trata de que el Juez «controle» a la Policía en una actividad propia de ésta, sino de que aquél se auxilie de ésta (v. S TC 9/2011, de 28 de febrero). Ese auxilio supone, entre otras cosas, que el Juez debe dar las instrucciones necesarias sobre cómo debe realizarse la intervención y de ahí el art. 588 ter f), con el matiz de que la entrega de los listados telefónicos de sus clientes por parte de las compañías telefónicas a la Policía, sin consentimiento de sus titulares, requiere autorización judicial (S TC 123/2002, de 20 de mayo).

b) Selección de las conversaciones: Entregadas todas las cintas en el Juzgado, el Juez debe proceder a seleccionar las conversaciones atinentes a la causa, distinguiendo:

1º) Exclusión de las grabaciones de conversaciones entre personas no investigadas: Dado que es posible que al intervenir un teléfono por su medio se hayan grabado conversaciones entre personas no investigadas, el Juez debe excluir esas conversaciones, con lo que se está respetando el derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad de esas personas.

Pero en el proceso penal no sólo se investiga ahora al imputado/investigado, pues hay que tener en cuenta que el art. 588 ter c) dispone que podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona siempre que: a) Exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información, o b) El titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad.

También podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular.

2º) Exclusión de las conversaciones no atinentes a la causa: Aún en el caso de que las conversaciones grabadas se hayan mantenido por personas investigadas, deben excluirse las conversaciones que no guardan relación los hechos investigados. Esta exclusión debe hacerse con contradicción, esto es, dando oportunidad a las partes de que tomen conocimiento de las conversaciones y de que digan qué afecta a la causa y qué no, aunque habrá de decidir el Juez.

Las partes, en efecto, tienen derecho a acceder a las grabaciones, puesto que a la causa únicamente interesa el contenido directamente relacionado con el hecho criminal investigado. De acuerdo con el art. 588 ter i)-1 y 2, ello va a suceder una vez alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención. Con este fin, se les entregará copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. Si en la grabación hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas, solo se entregará la grabación y transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos. La no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción entregada se hará constar de modo expreso.

Frente a ello las partes pueden, una vez examinada la grabación, solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas. El Juez de Instrucción, oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa. No está prevista una audiencia para ello, y es obvio que las partes también pueden pedir la exclusión de contenidos, aunque tampoco esté previsto.

Generalmente la Jurisprudencia insiste en la necesidad de que la transcripción por escrito de las conversaciones se haga bajo la fe del Secretario judicial (Letrado de la Administración de Justicia) y con contradicción, pero debe tenerse en cuenta que lo que va a ser medio de prueba en el juicio oral serán las cintas grabadas y no los escritos, los cuales no pasan de ser medios para la comodidad en el conocimiento. Es más fácil y rápido leer que oír, pero eso no convierte a las transcripciones en medio de prueba.

c) Necesidad de oír en el juicio oral lo grabado: Si la verdadera fuente de prueba son las cintas grabadas de las conversaciones intervenidas, éstas se convertirán en medio de prueba mediante su audición en el juicio oral. La Jurisprudencia suele decir que se trata de una prueba documental, pero es dudoso que así sea, pues estamos ante un medio de representación de hechos pasados por medio del sonido. Así las cosas, la necesidad de que se oigan las cintas es evidente, pues el único sistema para que el tribunal, las partes y el público puedan acceder al conocimiento de esos hechos es oír lo que los representan.

Se trata de un acto de investigación plenamente reconocido en las democracias occidentales, como Alemania (§§ 100a y 100b StPO)⁴⁶, Italia⁴⁷, y Estados Unidos⁴⁸. En todos los países sin embargo es una medida muy problemática, como hemos visto que ocurre también en España.

⁴⁶ Véanse ROXIN/ SCHÜNEMANN (2014), págs. 289 a 295. Ampliamente, MEYER-GOßNER/ SCHMITT (2015), págs. 378 a 398.

⁴⁷ Para una clara explicación de la legislación aplicable, la jurisprudencia producida en torno a este acto de investigación y los problemas más importantes, v. CHIAVARIO (2015), págs. 394 y ss.; y CONSO/ GREVI/ BARGIS (2014), págs. 387 y ss.

⁴⁸ Para una clara explicación de la legislación aplicable, la jurisprudencia producida en torno a este acto de investigación y los problemas más importantes, v. LAFAVE/ ISRAEL (1984), págs. 365 y ss.; y DRESSLER/ MICHAELS (2010), págs. 67 y ss. En español, GÓMEZ COLOMER (2013), págs. 306 y ss., y las referencias a la jurisprudencia contenida en el libro de referencia ISRAEL/ KAMISAR/ LAFAVE/ KING, (2011), cit.

6.3. Consecuencias probatorias y valoración

Como hemos indicado, la relevancia de la distinción entre los requisitos constitucionales o los de legalidad ordinaria radica en los efectos que se derivan de la vulneración de unos y otros.

La importancia de atribuir a un requisito naturaleza constitucional radica en que el desconocimiento del mismo supone la aplicación del art. 11.1 LOPJ, con lo que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, vulnerando el derecho del art. 18.3 CE, entre otros derechos constitucionales aplicables, además de abrirse la posibilidad del recurso (proceso) de amparo constitucional.

Por ello, como la vulneración de un requisito constitucional implica que se ha producido la intervención con desconocimiento de un derecho fundamental, la consecuencia es que no podrán llevarse al juicio oral las cintas con las conversaciones intervenidas, pero además que carecen de eficacia probatoria todas las otras fuentes de prueba que se deriven de la intervención, tanto directa como indirectamente.

Por el contrario, si lo vulnerado es requisito de legalidad ordinaria, la fuente de prueba obtenida será nula (art. 238 LOPJ), pero los hechos conocidos por la intervención podrán ser acreditados por los demás medios de prueba, aparte de que la nulidad no se extiende a las fuentes de prueba obtenidas de modo indirecto de la intervención.

6.4. Datos electrónicos de tráfico o asociados

Finalmente, deben tenerse en cuenta disposiciones técnicas que facilitan enormemente el acceso, la utilización y el archivo de las conversaciones grabadas, en consonancia con el criterio fijado por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, en relación con la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

La Ley 25/2007 se aprobó para transponer la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, pero esta directiva ha sido declarada nula por la S TJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, resolviendo sendas cuestiones prejudiciales planteadas por el TS de Irlanda y el TC de Austria, por no establecer suficientes de garantías de protección y vulnerar el principio de proporcionalidad. El problema es hasta qué punto queda afectada la Ley 25/2007, algo no resuelto todavía ni jurisprudencial, ni doctrinalmente⁴⁹.

a) Ámbito: El art. 588 ter b) dispone que los terminales o medios de comunicación objeto de intervención han de ser aquellos habitual u ocasionalmente utilizados por el investigado, pero

⁴⁹ V. con detalle MARCHENA GÓMEZ, *et al.* (2015), págs. 189 a 193.

que, además de acceder a las comunicaciones a través de esos aparatos, se puede acceder a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, en los que participe el sujeto investigado, ya sea como emisor o como receptor, y podrá afectar a los terminales o los medios de comunicación de los que el investigado sea titular o usuario. También podrán intervenir los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad. El apartado 3 del precepto define qué son los datos electrónicos de tráfico o asociados.

Obsérvese que la autorización judicial por tanto no sólo debe referirse a las conversaciones que se produzcan desde un terminal o terminales o desde medios de comunicación concretos, sino también a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, es decir, que no sólo se graban las conversaciones de un teléfono, por ejemplo, sino que también se puede exigir de la operadora que diga dónde está el teléfono o el usuario investigado en el momento de producirse la interceptación (localización geográfica).

La red utilizada puede ser tanto pública (*GSM, WiFi*), como privada (por ejemplo, las redes *TOR*, que favorecen el anonimato de quienes las usan)⁵⁰.

La posibilidad de intervenir teléfonos o medios de comunicación de la víctima, no siendo la persona investigada por tanto, es una medida cautelar o de protección, por lo que está fuera de lugar en este acto de investigación.

b) Datos electrónicos de tráfico o asociados en poder del prestador del servicio: De acuerdo con el art. 588 ter j), los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole (se trata de la Ley 25/2007, cit., cuya vigencia parcial hoy se discute conforme a lo explicado), y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial, mediante el procedimiento fijado en el apartado 2 del precepto.

No es claro qué deba entenderse por dato vinculado a un proceso de comunicación. Será la Jurisprudencia la que vaya abriendo o cerrado espacios. El listado de llamadas debe serlo desde luego y por ello ha de estar protegida la entrega de los listados telefónicos de sus clientes por parte de las compañías telefónicas a la Policía. Si no existe el consentimiento de sus titulares, debe requerirse autorización judicial (v. S TC 123/2002, de 20 de mayo; y S TS núm. 7/2014, de 22 de enero, RJ 2014\887).

c) Identificación mediante *IP* (art. 588 ter k). Cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en Internet, los agentes de la Policía Judicial tuvieran acceso a una dirección *IP* (uno de los datos a conservar conforme al apartado

⁵⁰ Véase RODRÍGUEZ LÁINZ (2016), pág. 54 y bibliografía allí recogida.

anterior, porque permite identificar al titular o usuario del terminal) que estuviera siendo utilizada para la comisión algún delito y no constara la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán del Juez de Instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración según el artículo 588 ter e), la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso.

d) La identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes, por ejemplo el *IMEI*, se regula en el art. 588 ter l), cuando en el marco de una investigación no hubiera sido posible obtener un determinado número de abonado y éste resulte indispensable a los fines de la investigación. No requiere autorización judicial, practicando la Policía la identificación mediante el uso de tecnología especial.

e) Finalmente, la identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad se regula en el art. 588 ter m), cuando el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial necesiten conocer la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o, en sentido inverso, precisen el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación.

6.5. Captación y grabación de comunicaciones orales (e imágenes) mediante la utilización de dispositivos electrónicos

El nuevo Capítulo VI del Título VIII del Libro II regula la “Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, arts. 588 quáter a) a 588 quáter e) LECRIM. En realidad va más allá, pues también permite la captación de imágenes. Constituye igualmente un desarrollo específico en el ámbito del proceso penal del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3, pero no sólo, pues también está afectado el derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 y del derecho a la privacidad (intimidad y propia imagen) del art. 18.1 de la Constitución.

La razón para introducir esta medida se funda en la experiencia que ha proporcionado la persecución de determinados delitos hasta ahora, en los que captar lo que están hablando dos personas en un lugar público o abierto, o incluso en su propio domicilio o en un lugar privado ajeno, con medios técnicos instalados tanto interna como externamente, resulta imprescindible para su esclarecimiento.

Adicionalmente, la escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá complementar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde. Obsérvese que no se regula la grabación entre particulares (v.gr., con cámara oculta), por lo que habrá que estar a la S TS núm. 793/2013, de 28 de octubre (RJ 2014\437), que en principio admite su validez⁵¹.

⁵¹ Véase FERNÁNDEZ-GALLARDO (2016), págs. 85 y ss.

Como hay un evidente peligro de extralimitación, pues en definitiva queda afectado no sólo el investigado sino también todo su entorno familiar, la LECRIM limita la procedencia del acto de investigación a encuentros concretos que vaya a mantener el investigado, debiéndose identificar con precisión el lugar o dependencias sometidos a vigilancia. En otras palabras, no se legitiman autorizaciones de captación y grabación de conversaciones orales con carácter general o indiscriminadas.

Se trata de lo que en Alemania se conoce como “gran ataque acústico” (*großer Lauschangriff*), es decir, la vigilancia acústica oculta o secreta de lo que ocurre en domicilios, lugares públicos y privados, grabando imágenes y sonido concernientes a las personas que están en ellos (§§ 100c a 100e StPO, introducidos en 1998), que ha demostrado su efectividad.⁵² En Estados Unidos existe una variante muy conocida, llamada *Surveillance*, que todos hemos visto en el cine: La imagen de los policías que escuchan, ocultos en una furgoneta aparcada en la calle, conversaciones que tienen lugar en un domicilio, en el que previamente se han instalado micrófonos y cámaras, tanto dentro de él como fuera; si esos mismos policías esperan ocultos en uno o varios lugares la llegada de alguien o de algo que tiene que ver con la investigación, estamos ante un *Stakeout*.⁵³

a) *Autorización*: Puede autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados (por ejemplo, un automóvil⁵⁴). Los dispositivos de escucha y grabación podrán ser colocados tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado. Pero si fuese necesaria la entrada en el domicilio o en alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad, la resolución habilitante habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares.

Adicionalmente, la escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá complementar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde.

b) *Presupuestos*: La utilización de los dispositivos ha de estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación. Solo podrá autorizarse cuando concurran los requisitos establecidos en el art. 588 quáter b):

- a) Que los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de alguno de los siguientes delitos: 1) Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; 2) Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; y 3) Delitos de terrorismo.

⁵² ROXIN/ SCHÜNEMANN (2014), págs. 298 y ss. Con detalle, MEYER-GOßNER/ SCHMITT (2015), págs. 399 a 412.

⁵³ Ambos actos de investigación son legales y se regulan por protocolos policiales que la jurisprudencia ha admitido [v.gr., *United States v. Cortez* 449 U.S. 411 (1981)].

⁵⁴ Véase FERNÁNDEZ SERRA (2015), págs. 68 y 69.

b) Que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor.

El contenido de la resolución judicial, además de las exigencias reguladas en el artículo 588 bis c), deberá contener una mención concreta al lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia (art. 588 quáter c).

c) *Control*: La Policía Judicial debe poner a disposición de la autoridad judicial el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes, que deberá ir acompañado de una transcripción de las conversaciones que considere de interés. El informe identificará a todos los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida.

d) *Consecuencias del cese de la medida*: Cesada la medida por alguna de las causas previstas en el artículo 588 bis j), la grabación de conversaciones que puedan tener lugar en otros encuentros o la captación de imágenes de tales momentos exigirán una nueva autorización judicial.

6.6. Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización

El nuevo Capítulo VII del Título VIII del Libro II LECRIM regula la “Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización”, arts. 588 quinquies a) a art. 588 quinquies c). Puesto que se trata de un acto de investigación a practicar en lugares públicos, debe ser puesto en relación con el acto de filmación en lugares públicos, antes visto. Constituye igualmente otro desarrollo específico en el ámbito del proceso penal del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la Constitución, pero también queda afectado el derecho a la privacidad (intimidad y propia imagen) del art. 18.1 de la Constitución.

Aunque la ley no hable específicamente de un acto de investigación consistente en el seguimiento físico de personas⁵⁵, estamos ante un acto de investigación internacionalmente admitido. En Alemania se conoce como “utilización de medios técnicos” (*Einsatz technischer Mittel*), que incluye el “pequeño ataque acústico” (*kleiner Lauschangriff*), a saber, la vigilancia mediante aparatos de grabación de voz e imágenes fuera de domicilios (§§ 100f, 100h StPO), que ha demostrado su gran efectividad.⁵⁶ En Italia y en Estados Unidos también.⁵⁷

La captación de imágenes en lugares o espacios públicos (estamos hablando por ejemplo del

⁵⁵ Véase MARTÍN MORALES (2015), págs. 49 y ss.

⁵⁶ ROXIN/ SCHÜNEMANN (2014), págs. 300 y 302. Para profundizar, v. MEYER-GÖRNER/ SCHMITT (2015), págs. 412 a 416 y 426 a 429.

⁵⁷ Me remito a la bibliografía citada en las notas 48 y 49 con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.

sistema de geolocalización de posicionamiento global - GPS)⁵⁸ queda sujeta a los requisitos establecidos en el art. 588 quinquies a): La Policía Judicial podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos. La medida podrá ser llevada a cabo aun cuando afecte a personas diferentes del investigado, siempre que de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de la investigación.

a) Objeto: La Policía Judicial puede obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos. La medida podrá ser llevada a cabo aun cuando afecte a personas diferentes del investigado, siempre que de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de la investigación.

Al amparo de este acto de investigación, vulnera el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio y el derecho constitucional a la intimidad la utilización de prismáticos, que ciertamente no graban imágenes, por la Policía desde un lugar público para observar lo que ocurre en un domicilio, aunque las ventanas estén abiertas o las cortinas despasadas; al igual que el uso de drones con la misma finalidad de intrusión virtual. En ambos casos, a falta del consentimiento del interesado, se requiere autorización judicial expresa (v. S TS núm. 329/2016, de 20 de abril, RJ 2016\1691, FD 2)⁵⁹.

b) Autorización: La utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización requiere autorización judicial, siempre que sea necesaria y proporcionada, autorización que deberá especificar el medio técnico que va a ser utilizado.

Los prestadores de los servicios correspondientes, agentes y personas a que se refiere el artículo 588 ter e) están obligados a prestar al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos por los que se ordene el seguimiento, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

Cuando concurran razones de urgencia que hagan razonablemente temer que de no colocarse inmediatamente el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización se frustrará la investigación, la Policía Judicial podrá proceder a su colocación, dando cuenta a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de veinticuatro horas, a la autoridad judicial, quien podrá ratificar la medida adoptada o acordar su inmediato cese en el mismo plazo. En este último supuesto, la información obtenida a partir del dispositivo colocado carecerá de

⁵⁸ Véase VELASCO NUÑEZ (2016), págs. 20 y ss.

⁵⁹ ARIZA COLMENAREJO (2015), págs. 107 y ss.

efectos en el proceso.

c) *Duración*: El art. 588 quinquies c)-1 establece una duración específica, apartándose del criterio del art. 588 bis e): Así, este acto de investigación tendrá una duración máxima de tres meses a partir de la fecha de su autorización. Excepcionalmente, el juez podrá acordar prórrogas sucesivas por el mismo o inferior plazo hasta un máximo de dieciocho meses, si así estuviera justificado a la vista de los resultados obtenidos con la medida.

d) *Utilización*: La Policía Judicial debe entregar al juez los soportes originales o copias electrónicas auténticas que contengan la información recogida cuando éste se lo solicite y, en todo caso, cuando terminen las investigaciones. La información obtenida a través de los dispositivos técnicos de seguimiento y localización a los que se refieren los artículos anteriores deberá ser debidamente custodiada para evitar su utilización indebida.

6.7. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (el control del entorno virtual)

El nuevo Capítulo VIII del Título VIII del Libro II LECRIM regula el “Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información”, arts. 588 sexies a) a art. 588 sexies c). Estamos ante otro desarrollo específico en el ámbito del proceso penal del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la Constitución. También quedan afectados indiscutiblemente el derecho a la protección de datos del art. 18.4 y el derecho a la privacidad (intimidad y propia imagen) del art. 18.1 de la Constitución. Ante esta complejidad dogmática se habla modernamente del derecho al propio entorno virtual (STS núm. 342/2013, de 17 de abril (RJ 2013\3296), como derecho de nueva generación integrador de todos los citados en estos supuestos⁶⁰.

Se cubre un vacío legal importante con la aprobación de este acto de investigación. Para la EM de la LO 13/2015, esta reforma descarta cualquier duda acerca de que esos instrumentos de comunicación y, en su caso, almacenamiento de información son algo más que simples piezas de convicción. De ahí que se haya fijado una exigente regulación respecto del acceso a su contenido.

Estamos igualmente ante otro un acto de investigación internacionalmente reconocido. En Alemania se incluye entre los actos de investigación la “Recogida de datos de tráfico y de inventario” (*Erhebung von Verkehrs- und Bestandsdaten*), a saber, los que permiten averiguar datos de comunicación efectuada mediante teléfonos móviles (§§ 100g, 100j StPO), y el *IMSI-Catcher*, es decir, el aparato que permite averiguar la identidad del usuario de un teléfono móvil (*International Mobile Subscriber Identity*) (§ 100i StPO), medidas absolutamente necesarias para una efectiva persecución sobre todo de la delincuencia organizada y en la lucha contra la

⁶⁰ Sobre el entorno virtual, o digital como también se le llama, v. DELGADO MARTÍN (2016), págs. 1 y 2.

corrupción.⁶¹ Lo mismo sucede en Italia y en Estados Unidos.⁶²

a) Autorización judicial: La resolución del juez de instrucción mediante la que se autorice el acceso a la información contenida en los dispositivos a que se refiere la presente sección, fijará los términos y el alcance del registro y podrá autorizar la realización de copias de los datos informáticos. Fijará también las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial. Por lo demás, debe estarse al innecesariamente largo art. 588 sexies c), que permite el examen directo por la Policía del dispositivo incautado en caso de urgencia.

Pero no exige autorización judicial la averiguación de la clave PIN de un sistema operativo, al que la Policía puede acceder mediante medios propios (S TS 551/2016, de 22 de junio (RJ\2016\3527)).⁶³

Existe obligación de colaboración de terceros con la ejecución de esta medida, salvo para el investigado o encausado, las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco y aquéllas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional.

Obsérvese que los sacerdotes de la religión católica, que no pueden ser obligados a declarar por el art. 417-1º LECRIM, no parecen estar incluidos a los efectos del art. 588 sexies c).

b) Motivación especial: Se requiere para acordar este acto de investigación una motivación individualizada, consistente en que el Juez extienda su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos.

c) Límites de acceso: La simple incautación de cualquiera de estos dispositivos, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente.

Por otra parte, en caso de acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados fuera del domicilio del investigado, será también aplicable esa limitación a aquellos casos en los que los ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, sean aprehendidos con independencia de un registro domiciliario. En tales casos, los agentes pondrán en conocimiento del Juez la incautación de tales efectos. Si éste considera indispensable el acceso a la información albergada en su

⁶¹ ROXIN/ SCHÜNEMANN (2014), págs. 295 a 297. Ampliamente, MEYER-GÖRNER/ SCHMITT (2015), págs. 416 a 426, y 429 a 435.

⁶² Es necesario remitirse asimismo a la bibliografía citada en las notas 48 y 49, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.

⁶³ En contra, RODRÍGUEZ LÁINZ (2016), pág. 7.

contenido, otorgará la correspondiente autorización.

6.8. Registros remotos sobre equipos informáticos

El también nuevo Capítulo IX del Título VIII del Libro II regula los “Registros remotos sobre equipos informáticos”, arts. 588 septies a) a 588 septies c) LECRIM. Es la última de las medidas de investigación tecnológica introducidas en 2015 fundada en el art. 18.3 de la Constitución, sin perjuicio de poder quedar afectados también el derecho a la protección de datos del art. 18.4 y el derecho a la privacidad (intimidad y propia imagen) del art. 18.1 de la Constitución.

Con la aprobación de este acto de investigación se cubre otro vacío legal importante, adaptando nuestra legislación a las más avanzadas en Europa. Se trata de utilizar programas informáticos (*software*) altamente sofisticados que se introducen desde centros de control policial en el ordenador u ordenadores estáticos o portátiles (*laptop*), tabletas, teléfonos móviles, etc., en cuanto aparatos que almacenan datos del investigado, con el fin de extraer cualquier tipo de información que en él se contenga válida a efectos de investigación de un crimen.

Se comprende inmediatamente que estamos ante una medida altamente agresiva, puesto que utilizar la llamada técnica del “gusano informático” para espiar ordenadores ajenos, es en el fondo tener acceso a toda la vida virtual del investigado, quien ciertamente se ampara en el anonimato que proporciona Internet para cometer sus crímenes, por lo que habrá que estar muy atentos a las prevenciones que hicimos al comienzo de esta lección. Por eso el legislador quiere reforzar el ámbito objetivo de la medida, para lo que se han acotado con un listado *numerus clausus* los delitos que la pueden habilitar, y limitar la duración temporal, lo que en estos momentos no sabemos aún si será suficiente.

Este acto de investigación no está previsto especialmente en Alemania, pero se puede acordar bajo la autorización general de los §§ 161, I y 163, I StPO, que permiten como cláusula general la adopción de actos de investigación, incluso contra terceros, de cualquier clase que sea bajo determinados requisitos.⁶⁴ En Estados Unidos esta medida sería posible bajo lo que se denomina *Remote Access to Search Electronic Storage Media*, cuya práctica debe respetar las exigencias constitucionales de la IV Enmienda, de acuerdo con la jurisprudencia interpretativa.⁶⁵

a) *Presupuestos*: De acuerdo con el art. 588 septies a)-1, el Juez competente podrá autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos, siempre que persiga la

⁶⁴ ROXIN/ SCHÜNEMANN (2014), pág. 297. Las particularidades en MEYER-GÖRNER/ SCHMITT (2015), págs. 823 a 831 y 839 a 851.

⁶⁵ Con base en la *Rule 41. Search and Seizure* de las *FEDERAL RULES OF CRIMINAL PROCEDURE*, una norma muy polémica, en pleno debate de reforma cuando se escriben estas líneas. Sobre la incitación policial y la defensa frente al engaño de la Policía en Estados Unidos, es necesario consultar ISRAEL/ KAMISAR/ LAFAYE/ KING (2012), págs. 433 y ss.

investigación de alguno de los siguientes delitos:

- 1) Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.
- 2) Delitos de terrorismo.
- 3) Delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente.
- 4) Delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional.
- 5) Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación.

Obsérvese que la ley, una vez autorizado el acceso al dispositivo de almacenamiento de datos, por ejemplo, al ordenador estático que tiene en su casa el investigado, permite rastrear cualquier elemento del sistema, cualquier programa, cualquier dato, cualquier base de datos, cualquier texto, etc., contenido en él. Toda su persona y toda su vida pueden ser por tanto objeto de investigación.

Sorprende por ello que se incluyan muchos delitos que ni siquiera podrían llegar a ser menos graves, a la vista del tenor literal de los apartados c) y e) del precepto. Sería de desear por el principio de proporcionalidad una mayor precisión de esos delitos.

b) Contenido del auto: La resolución judicial que autorice el registro debe especificar los extremos recogidos en el art. 588 septies a)-2.

Cuando los agentes que lleven a cabo el registro remoto tengan razones para creer que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte del mismo, pondrán este hecho en conocimiento del Juez, quien podrá autorizar una ampliación de los términos del registro.

c) Deber de colaboración: Es obligado colaborar con la Justicia a los prestadores de servicios y personas señaladas en el artículo 588 ter e), con la salvedad del investigado o encausado, de las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco, y de aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional (recuérdese lo dicho con relación a los sacerdotes de la religión católica).

d) Duración: La medida tendrá una duración máxima de un mes, prorrogable por iguales períodos hasta un máximo de tres meses.

6.9. Análisis del ADN en caso de delitos graves para inscripción en una base de datos policiales

Según el art. 129 bis CP, añadido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo y, por tanto, mal ubicado porque es una norma procesal, permite la toma de muestras del ADN del ya condenado, que se puede acordar coactivamente tratándose de uno de los delitos fijados en el párrafo primero del precepto, para introducir los identificadores resultantes en una base de datos policial que, en caso de futuros delitos, facilite la identificación correspondiente.

Un acto que no va a dejar de ser objeto de gran discusión, porque en cierta manera recuerda a las medidas de seguridad por peligrosidad pre-delictual, que al reflejar un Derecho Penal de autor, parecían definitivamente abandonadas en nuestro sistema judicial. Pero una parte de la sociedad, las víctimas de delitos sexuales y de violencia de género la verán con buenos ojos por la seguridad del castigo que parece perseguirse. El drama de la Política Criminal y Procesal Penal, nunca convence a todos.

7. Conclusiones sobre el futuro inmediato y a medio plazo del proceso penal español

Hasta aquí nuestra preocupación derivada directamente de la interpretación legal. Concluyamos ya, es el momento. El proceso penal español, sin tener una nueva y moderna ley en la que sostenerse, ha cambiado sin embargo, y mucho. Y ha cambiado porque esas nuevas, o modificadas, medidas a las que me acabo de referir, las tenemos ya vigentes en España.

¿Se ha hecho bien, ha sido acertado? Es la pregunta inevitable que todo jurista debe hacerse. Pues bien, la conclusión evidente a la que la doctrina científica imparcial y objetiva, española e internacional, ha llegado antes de su entrada en vigor es que no les gusta el panorama que con ellas se va a introducir en nuestro proceso penal. Me sumo con toda humildad a ella.

Es cierto que el árbol no debe impedir ver el bosque, porque en 2015 ha habido reformas procesales penales muy importantes, en leyes penales, en leyes específicas procesales penales, o como parte de otras sobre materias absolutamente distintas, que me permito recordar:

- 1.- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE del 31).
- 2.- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (BOE del 28).
- 3.- Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (BOE del 28).
- 4.- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE del 23).
- 5.- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE del 29).
- 6.- Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de

diciembre, General Tributaria (BOE del 22).

7.- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (BOE del 6).

8.- Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (BOE del 6).

Todas estas normas de alguna manera influyen en esa conclusión negativa y no sólo la LO 13/2015, objeto principal de nuestra atención en este escrito. Demasiada reforma, demasiada precipitación, demasiada irreflexión. Y esto dispersa, aleja del verdadero objetivo, a saber, lograr un proceso penal constitucional, rápido, eficaz y barato.

Mi crítica constructiva partiría de una premisa y de dos polos distintos:

La premisa es que el conjunto de las Ciencias Penales, básicamente el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, deben estar configurados a estas alturas del siglo XXI para luchar eficazmente contra cualquier tipo de delincuencia. No creo que sea discutible esto, el problema, evidentemente, es cómo lograrlo. Partiendo de una ley procesal penal totalmente nueva sería la primera respuesta que habría que dar también indubitadamente (el Código Penal se puede entender que reúne el requisito de la novedad, aunque no es una afirmación indudable por las numerosísimas reformas, la mayor parte de ellas totalmente oportunistas, que ha sufrido desde 1995).

Esas normas constituirían la barrera infranqueable a la actuación del Estado contra la criminalidad organizada. Por tanto, la investigación del crimen estaría fundada siempre y en forma incuestionable en la ley. Esto conllevaría que esa misma investigación nunca podría estar sometida a la interpretación caprichosa de la Policía, de la Fiscalía o incluso del propio Juez, porque sólo estaría sometida a la ley.

Con ello no se evita el peligro de pensar que estas medidas podrían haberse instaurado en nuestro proceso penal para siempre, pero al menos se acotarían los límites para demostrar si son eficaces o no, lo que influiría en caso negativo en su derogación.

Estas medidas, bien utilizadas, es decir, teniendo como punto de mira central los derechos fundamentales de los ciudadanos, deberían servir para limitar el enorme poder que con ellas se da a la Policía (recordemos que parte de la doctrina habla de estar pergeñándose un nuevo Estado Policial en España por esta razón), ya que ésta estaría igualmente sometida a la ley; con ellas debería ser más difícil que su ejecución perjudicara a personas clarísimamente inocentes (terceros que nada tienen que ver con los hechos, como familiares, amigos, compañeros o conocidos); se evitarían agresiones masivas a derechos de los ciudadanos (vigilancia informática

de toda una ciudad, por ejemplo); en fin, la investigación proactiva del crimen a cargo de la Policía sería más proporcionada y razonable respecto a los hechos punibles que se afrontan.

Los polos serían:

1º) No hay que ser tan ingenuos como para pensar que siempre es mucho más importante un individuo que la sociedad entera, pues en el contexto del proceso penal visto en su conjunto es exactamente al revés, por tanto, cuando está en peligro la propia sociedad, nuestra democracia, el nivel de respuesta debe ser forzosamente más exigente. Esto significa que muchas de las medidas adoptadas por el legislador español, y previstas internacionalmente, son adecuadas, exigibles y constitucionales para una defensa activa de los valores que el crimen organizado pone en peligro.

Se trata de saber qué medidas reúnen estos requisitos y qué medidas no, y dentro de las medidas permitidas, bajo qué requisitos pueden ser utilizadas y bajo qué requisitos no. Algo nada fácil, pero que desde esta perspectiva podría ser más asumible:

a) En mi opinión deberían descartarse todas las medidas de investigación que supongan un ataque directo a un derecho fundamental del investigado o acusado, que permitan actuar libre y discrecionalmente a la Policía previamente a una orden judicial, bajo el degradado argumento de la necesidad de una respuesta urgente debido al peligro de huida, impunidad o desaparición de personas y pruebas. Como ello no es posible en absoluto, salvo que se caiga en una ingenuidad irresponsable, los casos excepcionados deberían ser tasados expresamente por la ley.

Esto se cumple con la reforma, pues cuando existen razones urgentes así se regula, siendo necesaria una inmediata orden judicial de ratificación o revocación del acto de investigación realizado, con validación o anulación de los resultados probatorios obtenidos. Así, véanse la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas” (ap. 3 del art. 588 ter d)-3ª), la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización (art. 588 quinquies a), y el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (art. 588 sexies c).

El problema es cuando la Policía actúa discrecionalmente y por supuesto sin orden judicial y conserva los resultados probatorios en su poder como base para posteriores investigaciones, que nunca podrían haberse emprendido sin las actuaciones previas secretas. Ejemplo clásico: Una interceptación telefónica ilegal permite saber a la Policía dónde está la droga, para cuyo apoderamiento organiza tácticamente acciones (redada, control rutinario de circulación de personas y bienes, registros de lugares, etc.), que van a proporcionar pruebas cuyo descubrimiento será inevitable, acciones que, éstas sí, somete a control judicial previo. La LECRIM no resuelve este problema, dando por supuesto que la Policía va a cumplir siempre con la ley. El resto es la clásica e inmortal lucha del bien contra el mal.

b) Debe descartarse también la ejecución de las medidas de investigación acordadas por el Juez que han prescindido en su ordenación del cumplimiento de requisitos formales individualizadores. Este asunto práctico es sumamente importante, porque significaría no sólo actuar en contra del tenor legal literal, sino también, lo que es mucho más trascendente, actuar miméticamente subyugado a las peticiones de la Fiscalía o, lo que sería todavía más inadmisibile, de la Policía.

En el texto de este artículo hemos hecho alguna alusión a ello. Si se leen con detenimiento los reformados y los nuevos actos de investigación basados en las nuevas tecnologías, se observará que la ley ha reforzado enormemente los requisitos formales (constitucionales y ordinarios) exigibles para su ordenación y ejecución válidas. Esto me hace pensar de entrada en que ya no va a ser posible dictar autos acordando estas medidas aceptando motivaciones por remisiones (lo que era normal en la intervención telefónica, recuérdese), autos con motivaciones muy escuetas o sencillas, o, finalmente, autos verdaderamente atentatorios del principio de proporcionalidad al ordenar investigaciones “generales” de personas y bienes con fundamentación puramente preventiva. No, esto ya no va a ser posible, ahora se va a tener que fundamentar muy bien la adopción del acto de investigación, individualizado respecto a un investigado o encausado, quizás en esos momentos ni siquiera sospechoso, demostrativo sin torticeras ni interesadas lecturas que los principios constitucionales y ordinarios exigidos por la Ley para el acto en concreto se cumplen a rajatabla. Y si el Juez o Magistrado, por seguir la cómoda táctica de trabajar lo menos posible, caen en el error de prescindir de estas “formalidades”, pondrán en peligro toda la investigación porque el auto será nulo de pleno derecho. Más trabajo, mucho más, porque ahora hay un mayor control garantista.

Si España cumple o no ese nivel de exigencia es pronto para decirlo, porque estas nuevas normas apenas han entrado en vigor, pero no cabe duda que estamos ante un cambio legal (y práctico) muy trascendental. El mayor riesgo es malinterpretar las normas y caer de nuevo en supuestos de prueba prohibida que invalidarían una parte sustancial de la investigación con toda seguridad y que, probablemente, pondrían en bandeja al abogado defensor la absolución de su cliente.

2º) Quedarnos sólo en la eficacia de una buena norma es una pobre visión, al menos parcial. El éxito de la lucha contra la criminalidad más grave no necesita sólo de gusanos informáticos, necesita de algo mucho más valioso: Saber actuar contra el crimen atacando allá donde más duele. Y esto hoy sólo puede significar dos cosas:

a) La colaboración entre todas las democracias para que sus territorios no se contemplen por los delincuentes, ni en todo ni en parte, como espacios de impunidad. Esto es especialmente relevante para acabar con los delitos económicos nacionales o transnacionales, y las mejores medidas son la inexistencia del secreto bancario y un rígido control financiero de determinado tipo de transacciones.

b) La unión entre todas las democracias para impedir la financiación de los grupos criminales organizados, especialmente de terroristas y mafiosos, evitando que se produzca la misma en los países o con la colaboración de los bancos de dichas democracias. Sin dinero los terroristas, los mafiosos, los corruptos, etc., no pueden hacer nada.

c) La mejor preparación técnica, profesional y jurídica posible de las autoridades públicas de persecución, particularmente de la Policía científica, para saber usar adecuadamente las medidas tecnológicas introducidas y aprovechar legalmente sus resultados siempre, de manera que no se produzca ninguna prueba prohibida por haberse vulnerado derechos fundamentales del acusado.

8. *Tablas de jurisprudencia citada*

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
8.4.2014	TJCE 2014\104	<i>Digital Rights Ireland Ltd., et al. v. Irlanda</i>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
24.4.1990	TEDH 1990\1	<i>Kruslin v. Francia</i>
24.4.1990	TEDH 1990\2	<i>Huwig v. Francia</i>
30.7.1998	TEDH 1998\31	<i>Valenzuela Contreras v. España</i>
18.2.2003	STEDH 2003\6	<i>Prado Bugallo v. España</i>

Alemania: Bundesverfassungsgericht (BVerfGE)

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
19.3.2013	2 BvR 2628/10 (BVerfGE 133, 168 m)

Alemania: Bundesgerichtshof (BGH)

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
14.6.1960	1 StR 683/59
28.8.1997	4 StR 240/97 (BGHSt 43,195)
3.3.2005	GSSSt 1/04 (BGHSt 50, 40, 53)

Tribunal Constitucional Español

<i>Núm. sentencia</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia.</i>
65/1983	21.7.1983	RTC 1983\65
86/1985	10.7.1985	RTC 1985\86
49/1999	5.4.1999	RTC 1999\49
166/1999	27.9.1999	RTC 1999\166
123/2002	20.5.2002	RTC 2002\123
167/2002	18.9.2002	RTC 2002\167
9/2011	28.2.2011	RTC 2011\9
145/2014	22.9.2014	RTC 2014\145

Tribunal Supremo Español

<i>Núm. sentencia</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia.</i>
79/1998	22.1.1998	Roj 293\1998
96/1998	2.2.1998	Roj 610\1998
148/2000	8.2.2000	Roj 856\2000
37/2013	30.1.2013	RJ 2013\1195
342/2013	17.4.2013	RJ 2013\3296
793/2013	28.10.2014	RJ 2014\437
7/2014	22.1.2014	RJ 2014\887
329/2016	20.4.2016	RJ 2016\1691
505/2016	9.6.2016	JUR\2016\135265

9. Jurisprudencia

ALONSO SALGADO, C. (2015), “El largo camino hasta la Ley Orgánica 13/2015: Algunos aspectos relevantes en relación a la interceptación de las comunicaciones telefónicas”, en BUENO DE MATA, F. (Coord.), *FODERTICS 4.0: Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Ed. Comares, Granada.

ARIZA COLMENAREJO, M.J. (2015), “La utilización de drones como herramienta en la investigación penal”, en BUENO DE MATA, F. (Coord.), *FODERTICS 4.0: Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Ed. Comares, Granada.

BANACLOCHE PALAO, J. / ZARZALEJOS NIETO, J. (2015), *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal* (3ª ed.), Ed. La Ley - Wolters Kluwer, Madrid.

BUENO DE MATA, F. (2016), “La validez de los pantallazos como prueba electrónica: Comentarios y reflexiones sobre la STS 300/2015 y las últimas reformas procesales en materia tecnológica”, *Diario La Ley*, núm. 8728, de 23 de marzo.

- (2015), “Comentarios críticos a la inclusión de la figura del agente encubierto virtual en la LO 13/2015”, en BUENO DE MATA, F. (Coord.), en *FODERTICS 4.0: Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Ed. Comares, Granada.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. (2016), “Ciberdelincuencia e investigación criminal. Las nuevas medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2186, febrero, monográfico sobre: “LAS REFORMAS DEL PROCESO PENAL”.

CARDOSO PEREIRA, F. (2015), *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal* (2ª ed.), Ed. Juruá, Lisboa.

CARRETERO SÁNCHEZ, S. (2016), “Las redes sociales y su impacto en el ataque a los derechos fundamentales: Aproximación general”, *Diario La Ley*, núm. 8718, de 9 de marzo.

CASABIANCA ZULETA, P. (2016), *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona.

CHIAVARIO, M. (2015), *Diritto Processuale Penale* (6ª ed.), Ed. UTET, Torino.

CONSO, G. / GREVI, V. / BARGIS, M. (2014), *Compendio di Procedura Penale* (7ª ed.), Ed. Wolters Kluwer-Cedam, Padova.

DOLZ LAGO, M.J. (2016), *La prueba penal de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid.

- (Dir.) (2012), *La prueba pericial científica*, Edisofer, Madrid.

DRESSLER, J. / MICHAELS, A.C. (2010), *Understanding Criminal Procedure*, vol. 1 *Investigation* (5ª ed.), Ed. Lexis Nexis, New Providence NJ.

ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. en MONTERO AROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J.L. / BARONA VILAR, S. / ESPARZA LEIBAR, I. / ETXEBERRIA GURIDI, J.f. (2015), *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal* (ed. 24ª), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

FERNÁNDEZ-GALLARDO, J.A. (2016), “La cámara oculta en el proceso penal”, *Revista Penal* 2016, núm. 38.

FERNÁNDEZ SERRA, S. (2015), “La ausencia de previsión legal para las escuchas en vehículos”, *Diario La Ley*, núm. 8570, de 26 de junio.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. / GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J.L. (2015), *Investigación Criminal: Principios, técnicas, aplicaciones*, Ed. LID, Madrid.

GIMENO SENDRA, V. (2015), *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Castillo de Luna, Madrid.

GÓMEZ COLOMER, J.L. (2017), “La investigación y prueba de los delitos de corrupción en el proceso penal: Unas consideraciones introductorias desde el punto de vista del Derecho comparado”, *Revista Penal*, en prensa.

- (2016), “El proceso penal de la confusión”, en *Libro Homenaje a Andrés de la Oliva* (en prensa) Madrid.
- (2015), *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito* (2ª ed.), Ed. Aranzadi, Pamplona.
- (2015), *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal*, Ed. Andrés Morales, Bogotá.
- (Coord.) (2014), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- (Coord.) (2013), *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2009), “Principales desafíos que plantea la globalización a la justicia penal: España”, Ponencia española, no publicada íntegramente, presentada para el Coloquio preparatorio del XVIII Congreso Internacional de Derecho Penal, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, Sección 3ª: Derecho procesal penal, sobre “Medidas procesales especiales y respeto de los derechos humanos”, Relator General: Profesor John A.E. Vervaele, págs. 2 a 7. Este informe se ha publicado en la Revista Internacional de Derecho Penal 2009/1, vol. 80, págs. 125 a 179, <https://www.cairn.info/revue->

internationale-de-droit-penal-2009-1-page-125.htm. DOI : 10.3917/ridp.801.0125; así como en la Utrecht Law Review. 5(2), páginas 159 a 201. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.107>.

- (2009), “Realidad social, política criminal, dogmática penal y nuevo proceso penal español adversarial”, en CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / ORTS BERENGUER, E. (dir.) y CUERDA ARNAU, M.L. (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Editorial: Tirant lo Blanch, Valencia.
- (1985), *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona.

ISRAEL, J.H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W.R. / KING, N.J. (2011), *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*, Ed. Thomson-West, St. Paul Minn. 2011, (traducida al español como ISRAEL, J.H. / KAMISAR, Y. / LAFAVE, W.R. / KING, N.J., *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio*, por Juan-Luis GÓMEZ COLOMER (Director de la traducción) (2012), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

JAKOBS, G., / CANCIO MELIÁ, M. (2006), *Derecho penal del enemigo* (2ª ed.), Ed. Civitas, Madrid.

LAFAVE, W.R. / ISRAEL, J.H. (1984), *Criminal Procedure*, vol 1, Ed. West Publishing, St Paul MINN

LÓPEZ CAUSAPÉ, E. (2016), “Las medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de la LO 13/2015 de 5 de octubre. Referencia a las disposiciones comunes”, Asociación de Jueces Francisco de Vitoria, *Boletín Digital AFJV Penal*, Julio.

MARCHENA GÓMEZ (2015), M. et al., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ed. Castillo de Luna, Madrid.

MARTÍN MORALES, R. (2015), *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, Ed. Comares, Granada.

MEYER-GOßNER, L. / SCHMITT, B. (2015), *Strafprozessordnung* (58ª ed.), Ed. C.H. Beck.

MINISTERIO DE JUSTICIA (2011), *Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal*, Ed. Secretaría General Técnica - Ministerio de Justicia, Madrid.

MONTERO AROCA, J. (2008), *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid.

MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (2015), *Derecho Procesal Penal* (7ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

MUERZA ESPARZA, J. (2015), *Las reformas procesales penales de 2015*, Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona.

OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO - CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2015), *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Datos anuales de 2015*, publicado por el Sección de Estadística Judicial, accesible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Datos-anuales-de-2015>.

RICHARD GONZÁLEZ, M. (2016), “Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica. Presupuestos para su autorización”, *Diario La Ley*, núm. 8808, de 21 de julio.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (2015), “La aportación de SMS como prueba en el proceso penal: Una reflexión a propósito de la STS 850/2014, de 26 de noviembre”, en BUENO DE MATA, F. (Coord.), *FODERTICS 4.0: Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Ed. Comares, Granada.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. (2016), *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Ed. Sepin, Madrid.

- (2016), “Sobre la naturaleza jurídica de los datos identificadores de aplicaciones de dispositivos de comunicaciones”, *Diario La Ley*, núm. 8831, de 26 de septiembre.
- (2016), “La detención y observación de la correspondencia escrita y telegráfica en la Ley Orgánica 13/2015”, *Diario La Ley*, núm. 8792, de 28 de junio.
- (2016), *Las nuevas medidas de investigación tecnológica de la Ley Orgánica 13/2015*, SEPIN, ref. SP/DOCT/19739, enero.
- (2015), “La intervención de las comunicaciones en el proceso penal”, en *Especial Enjuiciamiento Criminal. Un año de reformas*, edición preparada por el equipo de la Ed. Wolters Kluwer – La Ley, Madrid.

ROXIN, C. (2015), “Sobre el desarrollo del Derecho Procesal Penal alemán”, en A. F. DUQUE PEDROZA (Comp.), *Perspectivas y retos del proceso penal*, Ed. Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín (Colombia).

ROXIN, C. / SCHÜNEMANN, B. (2014), *Strafverfahrensrecht* (28ª ed.), Ed. C.H. Beck, München.

VELASCO NUÑEZ, E. (2016), *Delitos tecnológicos: Definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Ed. Sepin, Madrid.

ZOCO, C. (2015), “Medidas de investigación tecnológica en la reforma de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal: Secreto de las comunicaciones, intimidad, protección de datos personales, e inviolabilidad de domicilio”, en libro colectivo en línea:

<http://www.cuadernosartedanos.org/#90>